

DIE ZUEIGNUNG EINER FREMDEN BEWEGLICHEN SACHE
UND DER TATBESTAND DER EINFACHEN UNTERSCHLAGUNG
(§ 246 Abs. 1, 1. Altern. StGB) IM GEFÜGE DER VERMÖGENSDELIKTE

INAUGURAL-DISSERTATION
zur
Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte
bei der
Juristischen Fakultät
der
Freien Universität Berlin

vorgelegt von
Referendar Roland Seul

1965

1967

DIE ZUEIGNUNG EINER FREMDEN BEWEGLICHEN SACHE
UND DER TATBESTAND DER EINFACHEN UNTERSCHLAGUNG
(§ 246 Abs. 1, 1. Altern. StGB) IM GEFÜGE DER VERMÖGENSDELIKTE

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung des Grades eines Doktors der Rechte

bei der

Juristischen Fakultät

der

Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Referendar Roland Seul

1965

Erstgutachter: Professor Dr. iur. Hermann BLEI
Zweitgutachter: Professor Dr. iur. Ernst HEINITZ

Tag der mündlichen Prüfung: 10. März 1967



MEINER MUTTER

Erstausgabe, 1904, 1. Aufl. 1912

Die Verfassung des Reiches, 1. Aufl. 1912

Die Verfassung des Reiches, 1. Aufl. 1912

Die Verfassung des Reiches, 1. Aufl. 1912

Die Verfassung des Reiches, 1. Aufl. 1912

Die Verfassung des Reiches, 1. Aufl. 1912

Die Verfassung des Reiches, 1. Aufl. 1912

Die Verfassung des Reiches, 1. Aufl. 1912

Die Verfassung des Reiches, 1. Aufl. 1912

Die Verfassung des Reiches, 1. Aufl. 1912

Die Verfassung des Reiches, 1. Aufl. 1912

Die Verfassung des Reiches, 1. Aufl. 1912

Die Verfassung des Reiches, 1. Aufl. 1912

Die Verfassung des Reiches, 1. Aufl. 1912

Die Verfassung des Reiches, 1. Aufl. 1912

Die Verfassung des Reiches, 1. Aufl. 1912

Die Verfassung des Reiches, 1. Aufl. 1912

Die Verfassung des Reiches, 1. Aufl. 1912

Die Verfassung des Reiches, 1. Aufl. 1912

Die Verfassung des Reiches, 1. Aufl. 1912

Die Verfassung des Reiches, 1. Aufl. 1912

Die Verfassung des Reiches, 1. Aufl. 1912

Die Verfassung des Reiches, 1. Aufl. 1912

Die Verfassung des Reiches, 1. Aufl. 1912

Die Verfassung des Reiches, 1. Aufl. 1912

Die Verfassung des Reiches, 1. Aufl. 1912

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
EINLEITUNG	
Der Tatbestand der Unterschlagung im Gefüge der Vermögensdelikte nach der Entscheidung des Großen Senates für Strafsachen des Bundesgerichtshofes vom 7. Dezember 1959 (BGHSt - GrSen - Band 14 S. 38 ff)	1
 HAUPTTEIL	
A. Der Tatbestand der Unterschlagung im Gefüge der Vermögensdelikte vor und bei Erlass des Reichsstrafgesetzbuches vom 15. Mai 1871	6
B. Die Erlangung einer fremden beweglichen Sache durch Diebstahl oder Sachbetrug, Sacherpressung, Untreue und Fund in Zueignungsabsicht	11
I. Die sogenannte 'berichtigende Auslegung' des Unterschlagungstatbestandes	13
II. Betrugsvollendung und Zueignung	20
III. Der Manifestationsakt bei objektiver Betrachtung	21
IV. Der Stand der Meinungen zu der Frage, ob beim Diebstahl nur versuchte oder vollendete Zueignung vorliegt	22
V. Das Wesen der Zueignung	26
1. Das Wesen der Zueignung nach der sogenannten Substanztheorie	27
2. Das Wesen der Zueignung nach der sogenannten Sachwerttheorie und die Wiederholbarkeit der Zueignung	37
VI. Die Vollendung der Zueignung	43
1. Die Vollendung der Zueignung und die Deliktsnatur von Diebstahl und Unter-	

	schlagung bei Ablehnung 'berichtigender Auslegung' des Tatbestandes der einfachen Unterschlagung in Verbindung mit der Substanztheorie	44
2.	Die Vollendung der Zueignung und die Deliktsnatur von Diebstahl und Unterschlagung bei 'berichtigender' Auslegung des Unterschlagungstatbestandes in Verbindung mit der Vereinigungstheorie (Sachwerttheorie)	47
VII.	Die Substanztheorie WELZELS und der Rückzug MAURACHs auf die Zueignungstheorie BINDINGs	49
C.	Die Nachhandlungen an einer durch ein Vermögensdelikt in Zueignungsabsicht erlangten fremden beweglichen Sache	53
I.	Die Tatbestandslosigkeit der Nach(Verwertungs-)handlungen bei BELING und SAUER	55
II.	Die Regeln der sogenannten Gesetzeskonkurrenz als Auslegungsmittel	58
III.	Subsumtion, Gesetzeskonkurrenz und der Sinnzusammenhang der Tatbestände als Auslegungsmittel	63
	1. Subsumtion und Gesetzeskonkurrenz	63
	2. Der "Sinnzusammenhang" der Tatbestände	66
IV.	Die sogenannte "Alternativität" als Beispiel für die Vermengung von Tatbestands- mit Konkurrenzfragen; insbesondere die Alternativität der straflosen Nachtat in Sachverwertungsfällen bei HONIG	70
D.	Zusammenfassende Darlegungen im Hinblick auf den Anwendungsbereich des Unterschlagungstatbestandes	75
E.	Zur Folgerichtigkeit der Lehre im Hinblick auf die gewonnenen Ergebnisse.	78
I.	Die Lehre bei Ablehnung 'berichtigender' Auslegung des Unterschlagungstatbestandes und Anwendung der Sachwerttheorie	78

VII

II.	Die Lehre bei 'berichtigender' Auslegung des Unterschlagungstatbestandes und Anwendung der Sachwerttheorie	78
III.	Die Lehre bei 'berichtigender' Auslegung des Unterschlagungstatbestandes und Anwendung der Substanztheorie	79

F.	Die Rechtsprechung zur Tatbestandsmäßigkeit der (Amts-)Unterschlagung bei Erlangung einer fremden beweglichen Sache in Zueignungsabsicht und bei den Nachhandlungen	81
I.	Der Zeitpunkt der Erlangung der Sache	82
1.	Bejahung tatbestandlichen Zusammen- treffens von Sachbetrug und (Amts-) Unterschlagung in einer Handlung	82
a)	Sachbetrug und einfache Unterschlagung	82
b)	Sachbetrug und Amtsunterschlagung	83
2.	Bejahung tatbestandlichen Zusammen- treffens von Untreue in bezug auf eine fremde bewegliche Sache und (Amts-) Unterschlagung in einer Handlung	84
3.	Verneinung tatbestandlichen Zusam- mentreffens von Sachbetrug, Untreue in bezug auf eine fremde bewegliche Sache und (Amts-)Unterschlagung in einer Handlung	85
4.	Zusammenfassung und Ergebnis der Rechtsprechung zur Unterschlagung (Zueignung) im Zeitpunkt der Erlangung der fremden beweglichen Sache	87
II.	Der Zeitpunkt der Verwertung der Sache	88
1.	Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit der Unterschlagung (gegebenenfalls: Amtsunterschlagung) nach Diebstahl, Sachbetrug, Untreue in bezug auf eine	

VIII

fremde bewegliche Sache in Zueignungs-	88
absicht und der (Amts-)Unterschlagung selbst	
a) Zur Tatbestandsmäßigkeit der Unterschlagung	
nach einem Diebstahl	88
b) Zur Tatbestandsmäßigkeit der (Amts-)	
Unterschlagung nach einem in Zueignungs-	
absicht begangenen Betrug	89
c) Zur Tatbestandsmäßigkeit der (Amts-)	
Unterschlagung nach einer in Zueignungs-	
absicht begangenen Untreue	91
d) Zur Tatbestandsmäßigkeit der Unterschlagung	
nach einer Unterschlagung	91
2. Verneinung der Tatbestandsmäßigkeit der	
Unterschlagung nach Betrug in Zueignungsabsicht	
und der (Amts-)Unterschlagung selbst	94
a) Zum Tatbestandsausschluß nach Sachbetrug	94
b) Zum Tatbestandsausschluß nach (Amts-)	
Unterschlagung	94
3. Zusammenfassung und Ergebnis der Rechtsprechung	
zur Unterschlagung (Zueignung) im Zeitpunkt	
der Verwertung der fremden beweglichen Sache	96
III. Dogmatisch fehlerhafte und in der Begründung wider-	
sprüchliche Entscheidungen	97
1. RGSt 15, 426 ff als Ursache aller	
Mißverständnisse	97
2. Die auf RGSt 15, 426 ff beruhenden	
Reichsgerichtsentscheidungen	101
3. Zusammenfassung und Ergebnis der auf	
RGSt 15, 426 beruhenden Rechtsprechung	104
IV. Kritik an der Entscheidung des Großen Senates des	
Bundesgerichtshofes für Strafsachen vom 7. Dezember 1959	106

SCHLUSS

Das Problem im Hinblick auf den Entwurf eines Strafgesetzbuchs
von 1962

IX

LITERATURVERZEICHNIS

- Allfeld, Philipp: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts,
Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 1922
9. Aufl. 1934
- v. Bar: Zweifelhafte Betrugsfälle, insbesondere untersagte
Benutzung von Eisenbahnretourbillets,
in GS 40, 481 ff
- Baumann, Jürgen: Der strafrechtliche Schutz bei den Sicherungsrech-
ten des modernen Wirtschaftsverkehrs,
Berlin 1956
- Baumann, Jürgen: Die natürliche Wortbedeutung als Auslegungs-
grenze im Strafrecht,
in MDR 1958, 394 ff
- Baumann, Jürgen: Amtsunterschlagung und Betrug,
in NJW 1961, 1141 f
- Baumann, Jürgen: Strafrecht, Allgemeiner Teil,
3. Aufl. 1964
- Becker, Günter: Die mitbestrafte Tat im Bereiche der
Aneignungsdelikte,
Diss. Mainz 1956 (Masch. Schr.)
- Beling, Ernst: Die Lehre vom Verbrechen,
Tübingen 1906
- Beling, Ernst: Grundzüge des Strafrechts,
11. Aufl. 1930
- Bender, Bernd: Zur Methode der Rechtsfindung bei der Auslegung
und Fortbildung gesetzten Rechts,
in JZ 1957, 593 ff
- Berner, Albert F.: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts,
18. Aufl. 1898

- Binding, Karl: Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafrechts,
Besonderer Teil,
1. Band 2. Aufl. 1902
- Binding, Karl: Die Normen und ihre Übertretung,
1. Aufl. 1872
Die Normen und ihre Übertretung,
II. Band, 2. Hälfte, 2. Aufl. 1916
zitiert: Normen
- Bockelmann, Paul: Ist eine berichtigende Auslegung des § 246 StGB
statthaft?
in MDR 1953, 3 ff
- Bockelmann, Paul: Rezension von Mezger, Strafrecht, Besonderer Teil,
3. Aufl. 1952 als Berichterstattung
in ZStW Bd. 65, 569 ff
- Bockelmann, Paul: Anmerkung zu OLG Hamm
in JZ 1953 S. 233 daselbst
- Bockelmann, Paul: Zur Konkurrenz der Vermögensdelikte,
in JZ 1960, 621 ff
- Bruns, Hans-J.: Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen
Denken,
Berlin 1938
- Bruns, Hermann: Der subjektive Tatbestand von Diebstahl und
Unterschlagung, insbesondere nach dem Straf-
gesetz-Entwurf 1927,
Diss. Tübingen 1928
- Busch, Richard: Anmerkungen zu OLG Hamburg in SJZ 1949
Sp. 425 ff, in SJZ 1949, Sp. 427 ff
- Busch, Richard: Anmerkung zu OLG Bremen in SJZ 1950
Sp. 357 ff, in SJZ 1950, Sp. 359 ff
- Busch, Richard: Anmerkung zu BGHSt - GrSen - Bd. 14, S. 38 ff
in LM Nr. 12 zu § 350 StGB
- Dalcke: Strafrecht und Strafverfahren, 36. Aufl. 1955

XI

- | | |
|------------------------|--|
| Deubner, Karl-Günther: | Zum Verhältnis von Abzahlungsbetrug und Unterschlagung,
in NJW 1962, 94 ff |
| Dill, Paul: | Die Teilnahme am Vergehen der Unterschlagung,
Diss. Göttingen 1933 |
| Diller, Albert: | Die straflose Nachtat im Wandel des Strafrechts,
in GS 106, 376 ff |
| Doerr, Friedrich: | Über das Objekt bei den strafbaren Angriffen auf vermögensrechtliche Interessen,
Diss. Breslau 1897 |
| Drechsler, Karl-Heinz: | Die mitbestrafte Tat (Straflose Vor- und Nachtat),
Diss. Leipzig 1936 |
| Dreher-Maaßen: | Strafgesetzbuch,
3. Aufl. 1959 |
| Ebener, Werner: | Die Untreue und ihr Verhältnis zur Unterschlagung,
Diss. Leipzig 1932 |
| Eckstein, Ernst: | Die unbefugte Veräußerung fremder Gegenstände,
in GA 59, 414 ff |
| Eckstein, Ernst: | Über den Begriff der strafrechtlichen Zueignung,
in GS 80, 283 ff |
| Eichelbaum: | Die Absicht und verwandte Begriff im StGB,
in LZ Band X (1916), Sp. 985 ff |
| Engisch, Karl: | Einführung in das juristische Denken,
Stuttgart 1956 |
| Entwurf 1960: | Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB)
E 1960 mit Begründung,
Bonn 1960 |

XII

- | | |
|------------------------|--|
| Entwurf 1962: | Entwurf eines Strafgesetzbuches (StGB)
E 1962 mit Begründung,
Bonn 1962 |
| Feldhaus, Hans-J.: | Die Rechtsprechung des BGH zur "berichtigenden Auslegung" des § 246 StGB,
in NJW 1953, 1738 f |
| Feldhaus, Hans-J.: | Berichtigende Auslegung des § 246 StGB,
Diss. Bonn 1954 (Masch. Schr.) |
| v. Feuerbach: | Anselm Ritter von Feuerbach, Lehrbuch des
gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen
Rechts,
9. Aufl. 1826 |
| Frank, Reinhard: | Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich,
18. Aufl. 1931 |
| Freund, Karl-Heinrich: | Die strafumfaßte Nachtat,
Diss. Kiel 1932 |
| Geerds, Friedrich: | Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht,
(Kieler Rechtswissenschaftliche Abhandlungen,
Nr. 2)
Kiel, 1961 |
| Gelbert, Karl: | Die mitbestrafte Tat,
Diss. Heidelberg 1934 |
| Gerland, Heinrich: | Deutsches Reichsstrafrecht,
2. Aufl. 1932 |
| Graf Gleispach: | Graf Wenzeslaus von Gleispach, Die Veruntreuung
von vertretbaren Sachen,
Berlin 1905 |
| Goltdammer: | Die Materialien zum Strafgesetzbuche für die
Preußischen Staaten,
Theil II, 1852 |

XIII

- Grabherr, Peter: Zulässige Interpretation und verbotene Analogie nach schweizerischem Strafgesetzbuch, Diss. Freiburg i.d. Schweiz 1952
- Gribbohm, Günther: Zur Problematik des Zueignungsbegriffes, in Jus 1963, 106 ff
- Haberkorn, Kurt: Zum Zueignungsbegriff des § 246 StGB, in MDR 1962, 704 ff
- Hälschner, Hugo: Beitrag zur Lehre vom Tatbestand der Unterschlagung, in GA 15, 1 ff
- Hälschner, Hugo: Das gemeine deutsche Strafrecht, 2. Band, 1. Abteilung, Bonn 1884
- Harburger, Heinrich: Diebstahl und Unterschlagung in Vergleichende Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, Besonderer Teil, Band VI, S.183 ff, Berlin 1907
- Harlandt, Hans-Dieter: Wie sind Diebstahl (§ 242 ff StGB) und Unterschlagung (§§ 246, 350, 351 StGB) voneinander abzugrenzen? Diss. Berlin 1959
- Hegler, August: Die Merkmale des Verbrechens, in ZStW 36, 19 ff
- Hegler, August: Die Systematik der Vermögensdelikte, in Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, herausgegeben von Josef Kohler und Fritz Berolzheimer, Band IX, S.153 ff, 278 ff, 369 ff
- Hegler, August: Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs, in Festgabe für Reinhard von Frank, Band I, S.251 ff, Tübingen 1930

XIV

- | | |
|--------------------------|--|
| Hilschenz, Hans: | Die straflose Nachtat,
Diss. Marburg 1927 |
| v. Hippel, Robert: | Deutsches Strafrecht, Band II,
Berlin 1930 |
| v. Hippel, Robert: | Lehrbuch des Strafrechts,
Berlin 1932 |
| Hirsch, Hans-J.: | Eigenmächtige Zueignung geschuldeter Sachen,
Rechtswidrigkeit und Irrtum bei den Zueignungs-
strafbestimmungen,
in JZ 1963, 149 ff |
| Hirschberg, Rudolf: | Zur Lehre von der Gesetzeskonkurrenz,
in ZStW 53, 34 ff |
| Höinghaus: | Das neue Strafgesetzbuch für den Norddeutschen
Bund in der durch Vereinbarung mit dem Reichs-
tage endgültig festgestellten Fassung mit den voll-
ständigen amtlichen Motiven, den Motiven zu
den erfolgten Abänderungen und dem Wichtigsten
aus den Verhandlungen des Reichstags,
2. Auflage 1870 |
| Höpfner, Wilhelm: | Diebstahl und Unterschlagung im Vorentwurf zu
einem Deutschen Strafgesetzbuch,
Berlin 1910 |
| Honig, Richard: | Straflose Vor- und Nachtat,
(Abhandlungen der Rechts- und Staatswissenschaft-
lichen Fakultät der Universität Göttingen, 2. Heft)
Leipzig 1927 |
| Jescheck, Hans-Heinrich: | Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in
Strafsachen,
(Band 1-5 der amtlichen Sammlung - Entschei-
dungen zum Allgemeinen Teil des StGB),
in GA 1954, 322
(Band 1-5 der amtlichen Sammlung - Entschei-
dungen zum Besonderen Teil des StGB),
in GA 1955, 97 ff |

- Jescheck, Hans-Heinrich: Die Konkurrenz,
in ZStW 67, 529 ff
- Jescheck, Hans-Heinrich: Methoden der Strafrechtswissenschaft,
Studium Generale 1959, S. 107 ff
- Kern, Eduard: Grundriß des Strafrechts, Besonderer Teil,
Berlin-Frankfurt 1950
- Klug, Ulrich: Zum Begriff der Gesetzeskonkurrenz,
in ZStW 68, 399 ff
- Köhler, August: Die Grenzlinien zwischen Idealkonkurrenz und
Gesetzeskonkurrenz,
München 1900
- Köhler, August: Anmerkung zu RG in JW 1924, 1435, in JW 1924,
1435
- Körber, Heinrich: Die straflose Nachtat,
Diss. Erlangen 1928
- Köstlin, Reinhold: Die Lehre von der Unterschlagung,
in GA 4, 47 ff
- Köhler, Josef: Leitfaden des Deutschen Strafrechts, Leipzig 1912
- Kohlrausch, Eduard: Vermögensverbrechen und Eigentumsverbrechen,
in: Gürtner, Franz, Das kommende deutsche Straf-
recht,
Band II, Besonderer Teil,
2. Aufl. 1936 S. 474 ff
- Kohlrausch-Lange: Strafgesetzbuch,
43. Aufl. 1963
- Krebs, Walther: Über den Begriff der Zueignung bei Diebstahl und
Unterschlagung,
Diss. Breslau 1915

- Kuhlmann, Paul: Der Begriff der "Absicht" im deutschen Strafrechte,
Diss. Erlangen 1910
- v. Kujawa: Zur Auslegung des § 246 des Reichsstrafgesetzbuches,
in GA 51, 1 ff
- Leipziger Kommentar: Strafgesetzbuch,
I. Bd. (Einleitung und §§ 1-152),
8. Auflage 1957
II. Bd. (§§ 153-370 und EG)
6./7. Auflage 1951
8. Auflage 1958
- Lent, Friedrich: Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht
und im Zivilprozeß,
1. Band Leipzig 1912
- v. Liszt-Schmidt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts,
25. Auflage 1927
- Luther, Adolf: Die Teilnahme an der Unterschlagung,
Diss. Erlangen 1936
- Mannheim, H.: Diebstahl, Veruntreuung und Unterschlagung,
in: Reform des Strafrechts, hsg. von Aschrott-Kohlrausch, Berlin-Leipzig 1926, S. 340 ff
- Maurach, Reinhart: Die Behandlung der unselbständigen tatbestandlichen Abwandlungen und der eigenständigen Verbrechen de lege ferenda,
in: Materialien zur Strafrechtsreform, Band 1, Gutachten der Strafrechtslehrer, S. 249 ff
Bonn 1954
- Maurach, Reinhart: Deutsches Strafrecht,
Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1958
Besonderer Teil, 4. Aufl. 1964
Zitiert: Maurach, BT
Besonderer Teil, 3. Auflage 1959

- Mayer, Hellmuth: Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen,
München-Berlin-Leipzig 1926
- Mayer, Hellmuth: Anmerkung zu RG in JW 1934 S. 486 Nr. 15
in JW 1934, 486
- Mayer, Hellmuth: Strafrecht, Allgemeiner Teil,
Stuttgart-Berlin 1953
- Mayer, Max Ernst: Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts,
Heidelberg 1915
- Merkel, Adolf: Diebstahl und Unterschlagung,
in: Handbuch des deutschen Strafrechts,
herausgegeben von v. Holtzendorff,
3. Band, S. 621 ff, Berlin 1874
- Metz, Herbert: Abgrenzung und Verhältnis der Unterschlagung
zu Betrug und Diebstahl,
Diss. Köln 1961
- Mezger, Edmund: Die subjektiven Unrechtselemente,
in GS 89, 207 ff
- Mezger, Edmund: Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände,
in Festschrift für L. Traeger, S. 187 ff,
Berlin 1926
- Mezger, Edmund: Deutsches Strafrecht (Ein Grundriß),
3. Auflage 1943
- Mezger-Blei: Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Auflage 1963
Besonderer Teil, 8. Auflage 1964
- Mittelbach, H.: Gedanken zur Konkurrenzfrage im Strafrecht,
in DR 1940, 1490 ff
- Mittermaier, W.: Diebstahl und Unterschlagung, Raub und Erpressung,
in: Die Reform des Reichsstrafgesetzbuches, heraus-
gegeben von Aschrott und v. Liszt,
Band II, Besonderer Teil, S. 345 ff, Berlin 1910

XVIII

- Müller, Werner: Wie verhält sich "Absicht" zu "Vorsatz" im deutschen Strafrecht?
Diss. Hamburg 1921 (Masch. Schr.)
- Naucke, Wolfgang: Zur Lehre vom strafbaren Betrug,
Berlin 1965
- Nebelung, Dietrich: Das Zusammentreffen zwischen Betrug einerseits und Diebstahl, Unterschlagung und Erpressung andererseits,
Diss. Berlin 1952
- Neumann, Werner: Haupt- und Nebendelikt im Falle der Gesetzeskonkurrenz,
in DJ 1935, 29 ff
- Niederschriften: Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission,
6. Band, 59.-66. Sitzung
Bonn 1958
- Niederschriften: Niederschriften über die 1. Arbeitstagung der II. Unterkommission der Großen Strafrechtskommission vom 20. November 1956 in Bonn zum Thema: "Diebstahl, Unterschlagung und Sachentziehung",
Umdruck V 7
- Ollendorff, Friedrich: Die Wegnahme von Sparkassenbüchern zum Zwecke der Erhebung von Teilbeträgen,
Breslau 1914
- v. Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich:
I. Band, 11. Auflage 1927
II. Band, 12. Auflage 1942
- Oppenhoff, Friedrich: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, herausgegeben von Theodor Oppenhoff,
12. Auflage 1891

- Post, Heinz: Der Anwendungsbereich des Unterschlagungstatbestandes (§ 246 StGB),
Berlin 1956
in: Neue Kölner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 6
- Praetorius, Wolfgang: Zum Problem der straflosen Vor- und Nachtat,
Diss. Bonn 1938
- Rabe, Günter: Tathandlung und Handlungstendenz bei den Delikten Diebstahl und Unterschlagung,
Diss. Göttingen 1951 (Masch. Schr.)
- Rittmann, Dieter: Wesen und Bedeutung der Konsumtion im Rahmen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre,
Diss. Tübingen 1956 (Masch. Schr.)
- Rompel, Wilhelm: Ist die sogen. Alternativität als selbständige Konkurrenzform neben der Spezialität, Subsidiarität und Konsumtion begründet?
Diss. Marburg 1928
- Rudolphi, Hans-Joachim: Der Begriff der Zueignung,
GA 1965, 33 ff
- Rutkowsky, Heinz: Der Streit um die berichtigende Auslegung des § 246 StGB,
in NJW 1954, 180
- Sarstedt, Werner: Die Revision in Strafsachen,
4. Auflage 1964
- Saerbeck, Ludger: Das Wesen der Zueignung,
Diss. Erlangen 1928
- Sauer, Wilhelm: Der Zueignungsbegriff,
GA 63, 284 ff
- Sauer, Wilhelm: System des Strafrechts, Besonderer Teil,
Köln-Berlin 1954

- Sauer, Wilhelm: Allgemeine Strafrechtslehre,
3. Auflage 1955
- Schaffstein, Friedrich: Der Begriff der Zueignung bei Diebstahl und
Unterschlagung,
in GS 103, 292 ff
- Schaffstein, Friedrich: Zur Abgrenzung von Diebstahl und Gebrauchs-
anmaßung, insbesondere beim Kraftfahrzeug-
diebstahl,
in GA 1964, 97 ff
- Schappei, Wilhelm: Der Zueignungsbegriff im geltenden Strafgesetz-
buch für das Deutsche Reich und im Entwurf eines
Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches von
1927, Diss. Erlangen 1928
- Schmidt-Leichner: Steuerdelikte und Bundesamnestie,
in NJW 1950, 623 f
- Schmitt, Rudolf: Die Konkurrenz im geltenden und künftigen
Strafrecht,
in ZStW 75, 43 ff und 179 ff
- Schneider, Egon: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur
Frage, ob bei der Unterschlagung die Gewahr-
samserlangung der Zueignung vorausgehen muß,
in NJW 1953, 1421 f
- Schneider, Ursula: Das Bestreben der höchstrichterlichen Rechtspre-
chung, die weite Anwendung der Begriffe fortge-
setzte Handlung und straflose Vor- und Nachtat
einzudämmen,
Diss. Münster 1950 (Masch.-Schr.)
- Schneider, W.: Zur Strafbarkeit der Fundunterschlagung,
in MDR 1956, 337 f
- Schönke, Adolf: Strafgesetzbuch,
6. Auflage 1952

- Schönke- Schröder: Strafgesetzbuch,
11. Auflage 1963
- Schröder, Hans: Die Strafloße Nachtat,
Diss. Gießen 1928
- Schröder, Horst: Sicherungsbetrug und Sicherungserpressung,
in MDR 1950, 398 ff
- Schröder, Horst: Anmerkung zu BGHSt - GrSen - Bd.14, 38 ff
in JR 1960, 308
- Schröder, Horst: Anmerkung zu BayObLG JR 1965, 26 f
in JR 1965, 27 f
- Schröder, Horst: Anmerkung zu OLG Hamburg, JR 1964, 228 f
in JR 1964, 229 f
- Schröder, Horst: Konkurrenzprobleme bei Untreue und Unterschlagung,
in NJW 1963, 1958 ff
- Schütze, Theodor R.: Die Konkurrenz strafbarer Handlungen als Gesetzgebungsfrage,
in ZStW 3, 48 ff
- Schwarz-Dreher: Strafgesetzbuch,
26. Aufl. 1964
- Sprang, Friedrich: Zur Auslegung der Absichtsmerkmale im deutschen Strafrecht,
Diss. Göttingen 1960
- Stenglein: Sammlung der deutschen Strafgesetzbücher,
2. Band 1858
- Stoecker, Bernhard: Die Konkurrenz,
in: Materialien zur Strafrechtsreform, 2. Band,
I. Teil, S.449 ff
Bonn 1954

- Treptow, Walter: Der Begriff "Absicht" im Strafgesetzbuch,
Diss. Köln 1963
- Vorentwurf: Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch,
Berlin 1909
- Wachenfeld, Friedrich: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts,
München 1914
- Warda, Günter: Grundfragen der strafrechtlichen Konkurrenzlehre,
in JuS 1964, 81 ff
- Welzel, Hans: Auf welche Bestandteile einer Strafvorschrift
bezieht sich der Satz: nulla poena sine lege?
in JZ 1952, 617 f
- Welzel, Hans: Das deutsche Strafrecht,
6. Auflage 1958,
8. Auflage 1963,
zitiert: Welzel, Lhb.
9. Auflage 1965
- Werner: Anmerkung zu BGHSt LM Nr. 2 zu § 246
dasselbst
- Wessels, Johannes: Zueignung, Gebrauchsanmaßung und Sachent-
ziehung,
in NJW 1965, 1153 ff
- Wimmer, August: Die listige Sachverschaffung auf dem schwarzen
Markt,
in NJW 1947/1948, 241 ff
- Zimmer, Willy: Der Zueignungsbegriff nach dem Reichsstraf-
gesetzbuch,
Diss. Halle-Wittenberg 1913

EINLEITUNG

DER TATBESTAND DER UNTERSCHLAGUNG IM GEFÜGE DER VERMÖGENS-
DELIKTE NACH DER ENTSCHEIDUNG DES GROSSEN SENATES FÜR STRAFSA-
CHEN DES BUNDESGERICHTSHOFES VOM 7. DEZEMBER 1959 (BGHSt - GrSen -
Band 14 S. 38 ff)

Der Große Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofes hat am 7. Dezember 1959 die ihm vom 5. Strafsenat gemäß § 136 GVG vorgelegte Rechtsfrage: "Kann wegen Amtsunterschlagung bestraft werden, wer den amtlichen Gewahrsam an den Sachen, die er unterschlägt, zuvor durch Betrug in der Absicht erlangt hat, sich dadurch die Verfügungsgewalt über sie zu verschaffen?" wie folgt beantwortet:

"Verschafft sich ein Beamter die Verfügungsgewalt über fremde bewegliche Sachen durch Betrug, indem er vorgibt, die Sachen in amtlicher Eigenschaft in Empfang nehmen zu wollen, handelt er aber in Wirklichkeit mit dem Willen, sie für sich zu verwerten, so ist weder die Erlangung noch die spätere Verwertung eine Amtsunterschlagung; es liegt nur Betrug vor."

(Leitsatz S. 38)

In bezug auf die Erlangung fremder beweglicher Sachen in Zueignungsabsicht führt der Große Senat aus: "Ebensowenig ... kann schon in ihrer Erlangung eine Unterschlagung gefunden werden, die mit dem Betrug in Idealkonkurrenz stände. Für die Gegner der "berichtigenden" Auslegung des Unterschlagungstatbestandes versteht sich dieses Ergebnis von selbst ... Diese Streitfrage braucht indessen nicht erörtert zu werden; auch wenn man die berichtigende Auslegung für zulässig hält, kann das Ergebnis nicht anders sein. Da die weitaus größte Zahl aller Vermögensdelikte mit Zueignungsabsicht begangen wird, kann es nicht der Sinn des Unterschlagungstatbestandes sein, in allen diesen Fällen zusätzlich angewendet zu werden ... Daher hat auch die Große Strafrechtskommission ... ausdrücklich bestimmt, daß nicht Unterschlagung ist, was als Diebstahl ..., Betrug, Erpressung oder Untreue mit Strafe bedroht ist. Dasselbe ergibt sich schon für das geltende Recht unmittelbar aus dem Sinnzusammenhang der Tatbestände." (S. 46/47)

Die Tatbestandslosigkeit der Verwertungshandlungen eines Diebes, Betrügers oder Erpressers wird gleichfalls mit der Ansicht begründet, "daß diese Frage nach dem Sinnzusammenhang der Tatbestände verneint werden muß ... Schon dem Wortsinn nach ist Zueignung Herstellung der Herrschaft über die Sache oder erstmalige Verfügung über sie, nicht bloße Ausnutzung dieser Herr-

schaftsstellung; Zueignung ist mit anderen Worten (schuldhafte und strafbare) Begründung des Eigenbesitzes unter Ausschluß des Berechtigten. Es ist nicht angängig, diesem eigentlichen und rechtlich wesentlichen Zueignungsakt spätere Herrschaftsbetätigungen im Gefolge der Zueignung gleichzustellen. Dafür gibt es weder einen dogmatischen noch einen rechtspolitischen Grund ... Nachträgliche Äußerungen des Herrschaftswillens nach der Zueignung sind also in der Regel tatbestandlich bedeutungslos ... Alles dies gilt auch für die Unterschlagung selbst: Wer sich eine fremde bewegliche Sache, die er in Gewahrsam hat, rechtswidrig zugeeignet hat, begeht durch weitere Herrschaftsbetätigung nicht nochmals Unterschlagung." (S. 43/44)

Es scheint zunächst, als ob es dem Großen Senat geglückt sei, das Problem der Nachhandlungen ¹⁾ bei jenen deliktischen Sacherlangungsakten einer überraschend einfachen und praktikablen Lösung zuzuführen. In der Folgezeit hat sich die Rechtsprechung ²⁾ die Ansicht des Großen Senates zu eigen gemacht, während diese in der Lehre nur von wenigen ³⁾ übernommen wurde. Ausweichend, mit ausdrücklichem Vorbehalt, reagierte BAUMANN ⁴⁾; von BOCKELMANN ⁵⁾ und SCHRÖDER ⁶⁾ erfuhr die Entscheidung eine überwiegend ablehnende Kritik.

An dieser Stelle soll lediglich auf die wesentlichen kriminalpolitischen Auswirkungen der vom Großen Senat vertretenen Tatbestandslosigkeit der Verwertungshandlungen hingewiesen werden:

a) In erster Linie fällt auf, daß der Tatbestand des § 350 auch dann nicht anwendbar sein soll, wenn der in Zueignungsabsicht betrügerisch das Tatobjekt erlangende und vertretungsbefugte Beamte zunächst Eigentum seines Dienstherrn begründet (was der entgegenstehende Wille wegen § 116 BGB nicht zu verhindern vermag):

1) Diese Bezeichnung prägte BELING, Lehre vom Verbrechen, S. 247

2) BGHSt 18, 224; BGH in NJW 1961, 1171 (für das Verhältnis von § 350 zu § 353 Abs. 1 StGB); OLG Celle in NJW 1962, 1833 (bei § 330 a); OLG Köln in NJW 1963, 1992 ff (für das Verhältnis der §§ 350/351 zu § 266) - zu dieser Entscheidung eingehend SCHRÖDER in NJW 1963, 1958 ff.

3) Z.B. von WELZEL, Lhb. S. 297; vgl. auch die farblose Anm. von BUSCH in LM Nr. 12 zu § 350 StGB und DEUBNER in NJW 1962, 94 ff

4) NJW 1961, 1141 f

5) JZ 1960, 621 ff

6) JR 1960, 308 ff

Der Wegfall der Amtsunterschlagung tritt allerdings infolge der Entscheidung des Großen Senats nur dann ein, wenn man mit der herrschenden Meinung⁷⁾ und der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes⁸⁾ die Amtsunterschlagung als ein Spezialdelikt der einfachen Unterschlagung betrachtet. Die Mindermeinung, die bei § 350 jeden Mitgewahrsam genügen läßt, dabei § 350 aber dennoch als uneigentliches Amtsdelikt betrachtet⁹⁾, muß jedoch de lege lata an der eindeutigen Rückbeziehung des Begriffs auf § 246 scheitern. Nur aus systematischen Gründen hat der Gesetzgeber die Amtsunterschlagung von der einfachen Unterschlagung getrennt.¹⁰⁾

Jene entgegenstehende Mindermeinung, die vor allem den Diebstahl im Amt erfassen möchte, müßte allerdings § 350 dann auch in den Fällen anwenden, in denen der Unterschied zum Diebstahl nur darin besteht, daß der Gewahrsam durch eine Vermögensverfügung anstatt durch Gewahrsamsbruch erlangt wird.¹¹⁾

b) Entgegen der Ansicht des Großen Senates (S. 48) ist die Bestrafung eines vertretungsbefugten Beamten in Fällen des Besitzbetruges von reinen Zufälligkeiten abhängig:

Unterschlägt der Beamte zuerst einen bestimmten Geldbetrag und betrügt er danach den Anspruchsberechtigten um die unterschlagene Summe mit der Vorspiegelung, es bestehe kein Anspruch auf sie, so würde Bestrafung wegen Amtsunterschlagung in Realkonkurrenz mit Betrug (§ 350/263/74) erfolgen müssen¹²⁾.

c) Stiehlt jemand nachweisbar im Zustand der Unzurechnungsfähigkeit (§ 51 Abs. 1), so müßte er konsequenterweise auch bei einem Verkauf der ge-

7) BOCKELMANN, JZ 1960, 621; MEZGER-BLEI, Lhb. BT, S. 318; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 350 Rdn. 1; SCHRÖDER, NJW 1963, 1961

8) RGSt 2, 280; 17, 322; 44, 41; 51, 115; 53, 104; 55, 182; 58, 336; 65, 105; 69, 337; BGH NJW 1953, 33 Nr. 18; BGH in LM Nr. 2, 5, 8 zu § 350 StGB; BGH - Gr. Sen - 14, 40; OGHSt 1, 377; 1, 256 f

9) MAURACH, Lhb. BT S. 670 mit Nachweisen

10) Begr. VE 1909, S. 635

11) Vgl. unten S. 20

12) Ausführlich mit weiteren Beispielen zur von zeitlichen Zufälligkeiten abhängender Straffolge bei sonst gleichartigen Fällen: SCHRÖDER, JR 1960, 308; BOCKELMANN, JZ 1960, 624; BAUMANN, NJW 1961, S. 1141/1142

stohlenen Sache straflos ausgehen. Der Eingriff in das fremde Eigentum bleibt ungesühnt. Dasselbe gilt für den Fall, daß der erste Akt des Täters verjährt ist. Eine Bestrafung könnte immer nur dann erfolgen, wenn die nachfolgenden Akte tatbestandlich erfaßt werden können - es sei denn, es liegt bei einem nachfolgenden Akt Betrug vor. Die Strafe trifft den Täter dann jedoch nur wegen des Betruges. Die Bejahung von Zueignung durch betrügerischen Verkauf der gestohlenen Sache wäre gleichbedeutend mit einer Wiederholbarkeit des Zueignungsaktes. Dann aber liegt in der Definition "Zueignung ist ... (schuldhaft und strafbare) Begründung des Eigenbesitzes ..." ein innerer Widerspruch¹³⁾. Bezeichnend ist dafür die Entscheidung des OLG Celle in NJW 1962, S.1833, wo festgestellt wird: "... da die im Rausch vorgenommene Zueignung nicht schuldhaft und strafbar ist, würde eine erneute Zueignung an sich den Tatbestand der Unterschlagung erfüllen".

d) Aus dem Definitionsvermerk "(schuldhaft und strafbar)" könnte ferner gefolgert werden, daß die limitierte Akzessorietät der Teilnahme im Bereich der Vermögensdelikte bei Zueignung einer fremden beweglichen Sache nicht gelten soll. Handelt nämlich der Täter schuldhaft, kann aber nicht bestraft werden, weil z.B. ein persönlicher Strafausschließungsgrund vorliegt, so wäre Teilnahme ausgeschlossen. Dieses Ergebnis folgt daraus, daß das Ausbleiben der Strafe bei wörtlicher Anwendung der Definition des Großen Senates die Tatbestandsmäßigkeit der Zueignung für den Täter ausschließt - eine dogmatische Unmöglichkeit.

e) Leistet jemand Beihilfe zu einer betrügerischen Zueignung, ohne etwas von der Täuschung zu wissen, bleibt offen, nach welchem Tatbestand der Gehilfe bestraft werden soll, da der Zueignung durch den Täter die Erlangung des Gewahrsams am Tatobjekt zeitlich nicht vorausgegangen ist. - Im Hinblick auf die Teilnahme ist weiter kriminalpolitisch auch die Möglichkeit strafloser Beteiligung an den Verwertungshandlungen unbefriedigend. Hier bietet auch nicht etwa der Tatbestand der Begünstigung eine Bestrafungsmöglichkeit, da dafür neben der Zueignungsabsicht auch Sicherungsabsicht vorliegen müßte¹⁴⁾. Dies wird jedoch in den meisten Fällen nicht der Fall sein.

f) Kann nicht mit Sicherheit ausgeschlossen werden, daß sich der Ver-

13) BOCKELMANN, JZ 1960, 624 Anm. 16; BAUMANN, NJW 1961, 1143 hält den Klammerinhalt für geboten und zulässig, möchte aber dennoch bei der Amtsunterschlagung die Tatbestandsmäßigkeit bejahen, da dort "kein Anlaß zur restriktiven Interpretation" wie bei § 246 bestehe.

14) Vgl. SCHRÖDER, JR 1960, 308

käufer einer fremden Sache diese nicht schon früher durch ein Vermögensdelikt zugeeignet hat, so könnte er jedenfalls nicht wegen Zueignung der Sache durch ihren Verkauf bestraft werden. Es fehlt hier an der ausreichenden Sicherheit, daß der Verkauf die Zueignung der Sache ist, da die Möglichkeit besteht, daß schon vorher eine Zueignung erfolgte. Nach dem Grundsatz "in dubio pro reo" müßte so freigesprochen werden. Wenn DEUBNER ¹⁵⁾ hier beim Betrug mit einer Wahlfeststellung abhelfen zu können glaubt, so nimmt er eine gewaltsame Deutung des Erfordernisses der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit der Tatbestände vor.

g) Bedeutung erlangt die Entscheidung des Großen Senates auch noch in bezug auf die Bestrafungsmöglichkeiten nach § 259, da im Schrifttum ¹⁶⁾ die "straflose Nachtat" auch als geeignete Vortat der Hehlerei angesehen wird. An dieser Vortat wird es infolge der Entscheidung des Großen Senates immer dann fehlen, wenn die straflose Nachtat mangels Tatbestandsmäßigkeit entfällt.

Den angeführten Beispielen lassen sich sicher noch weitere hinzufügen. Sie erwecken Bedenken gegen die Richtigkeit jener richtungweisenden Entscheidung des Großen Strafsenates, die eine eingehende Untersuchung des Problems der Tatbestandsmäßigkeit der Unterschlagung bei den Verwertungshandlungen rechtfertigen. Es erscheint dabei angebracht, die Darlegungen mit einem Überblick über den Tatbestand der Unterschlagung im Gefüge der Vermögensdelikte bei Erlaß des Reichsstrafgesetzbuches vom 15. Mai 1871 zu beginnen. Sowohl hier als auch im Folgenden werden zwei entscheidende Tatzeitpunkte im Vordergrund der Untersuchungen stehen:

- a) der Zeitpunkt der Erlangung der fremden beweglichen Sache durch Diebstahl, Betrug, Erpressung, Untreue oder Fund und
- b) der Zeitpunkt der anschließenden Verwertung der deliktisch erlangten Sache, die sich im Gewahrsam des Täters befindet.

An Hand der gewonnenen Ergebnisse sollen die Lehre, insbesondere aber die Rechtsprechung auf ihre Folgerichtigkeit untersucht werden. Schließlich wird die Entscheidung BGHSt Bd. 14 S. 38 ff auf ihre methodische und dogmatische Haltbarkeit zu überprüfen sein. Am Ende soll das Problem noch im Hinblick auf den Entwurf eines Strafgesetzbuches von 1962 betrachtet werden.

15) DEUBNER, NJW 1962, 95

16) KOHLRAUSCH-LANGE, § 259 Anm. IV; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 259 Rdn. 66; WELZEL, Lhb. S. 336

HAUPTTEIL

A. DER TATBESTAND DER UNTERSCHLAGUNG
IM GEFÜGE DER VERMÖGENSDELIKTE

VOR UND BEI ERLASS DES REICHSSTRAFGESETZBUCHES VOM 15. MAI 1871

Vor Erlass des Reichsstrafgesetzbuches vom 15. Mai 1871 sah die gemeinrechtliche Doktrin die Unterschlagung nicht als reines Eigentumsdelikt an ¹⁾. Abgesehen vom Preußischen Allgemeinen Landrecht, in dem sie dem Betruge verwandte Züge trägt ²⁾, war die Unterschlagung vielmehr in den Partikularstrafgesetzbüchern bis einschließlich zum Preußischen Strafgesetzbuch von 1851 als Treupflichtverletzungsdelikt ausgestaltet. Diese Auffassung der Rechtsnatur der Unterschlagung bedingte, daß schon bestehender, durch Rechtsgeschäft ³⁾ zwischen dem Eigentümer oder dessen Bevollmächtigten und dem späteren Täter erlangter, Gewahrsam am Handlungsobjekt gefordert wurde:

"Wer eine fremde bewegliche Sache, deren Besitz oder Gewahrsam er mit der Verpflichtung erlangt hat, sie zu verwahren, zu verwalten, zurückzugeben oder abzuliefern, zum Nachteile des Eigentümers oder Inhabers veräußert, verpfändet, verbraucht oder bei Seite schafft, macht sich einer Unterschlagung schuldig"

(§ 225 Pr StGB).

Das Erfordernis, daß die fremde, bewegliche Sache durch Rechtsgeschäft erlangt sein mußte, zwang den Gesetzgeber für die Preußischen Staaten, die sogenannte Fundunterschlagung in § 226 Pr StGB in einem eigenen Tatbestand zu regeln.

Das Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund vollzog die Wendung vom Treupflichtverletzungsdelikt zum reinen Eigentumsdelikt; die Zueignung anvertrauter Sachen wurde zu einem Spezialfall der einfachen Unterschlagung erhoben. Zur Vermeidung von Unklarheiten war nun von einer kasuistischen Beschreibung einzelner Tätigkeitsakte abgesehen und 'zueignen' allein in den objektiven Tatbestand aufgenommen worden. Damit war die Unterschlagung der Zueignungsab-

1) Zur Unterschlagung in den deutschen Partikularstrafgesetzbüchern HÄLSCHNER, GA Bd. 15 S.1 ff; KÖSTLIN, GA Bd. 4 S.47 ff; allgemein zur Geschichte der Unterschlagung EBENER, S.1 ff; HARBURGER, S.184-186; 333 und - rechtsvergleichend - S.345 ff; v. KUJAWA, GA Bd. 51 S.1 ff; Hellmuth MAYER, Untreue, S.7 ff und 20 ff; MERKEL, S.690 ff; eingehend RABE, S.14 ff

2) ALR II, 20, § 1354 ff; 1366; vgl. Goltd.Mat. S.501

3) Preuß. Obertrib. in GA Bd. 9 S.646; Goltd.Mat. S.501; 459

sicht beim Diebstahl (§ 242 StGB) angepaßt, dessen tatbestandliche Fassung unverändert von § 215 Pr StGB übernommen wurde. Bei der so erfolgten Annäherung von Diebstahl und Unterschlagung in dem Bestreben, "die in der Wissenschaft wie in der Rechtsanschauung des Volkes und in der Natur der Sache begründete Verwandtschaft der Vergehen des Diebstahls und der Unterschlagung" ⁴⁾ festzuhalten, hätte es nun nahe gelegen (so RGSt 19, 39), von dem einst die Unterschlagung als Treuepflichtverletzungsdelikt mit charakterisierenden besonderen rechtlichen Verhältnis des Täters zur Sache abzusehen. Damit wäre die Ausgestaltung des Unterschlagungstatbestandes zum allgemeinen Zueignungsdelikt sichergestellt gewesen. Ob nun dem Gesetzgeber die Folgen einer solchen Maßnahme nicht übersehbar schienen ⁵⁾ oder ob im Hinblick auf die sich damals erst entwickelnde Lehre von der sogenannten Gesetzeskonkurrenz ein solcher Anwendungsbereich der Unterschlagung weder als wünschenswert noch als nötig erachtet wurde; man vermied bewußt

"näher zu bestimmen, in welcher Weise der Täter den Besitz der unterschlagenen Sache erworben habe, insbesondere auch ... den Besitzerwerb nur negativ als einen solchen zu bezeichnen, welcher nicht in unrechtmäßiger oder wenigstens nicht in dieblicher Weise erlangt worden. Es ist eine solche Bestimmung für unnötig erachtet worden, weil in den Fällen, in welchen der Besitzerwerb schon den Tatbestand eines anderen Vergehens bildet, die Strafbarkeit der Handlung bereits hierdurch festgestellt ist und der juristische Charakter der letzteren sich nicht nachträglich wieder ändern kann. Ist der Besitz auf eine unrechtmäßige, aber nicht strafbare Art erlangt, so wird durch die spätere rechtswidrige Zueignung der Sache der Tatbestand der Unterschlagung hergestellt" ⁶⁾.

An dieser Stelle des Motive kommt mit aller Deutlichkeit der Verzicht auf eine negative Abgrenzung der Unterschlagung zu den anderen Vermögensdelikten, insbesondere aber zum Diebstahl zum Ausdruck ⁷⁾. Bei näherer Betrachtung zeigt sich auch, daß mit der Aufrechterhaltung des aus § 225 Pr StGB übernommenen Tatbestandsmerkmals "die er in Besitz oder Gewahrsam hat" und der damit verbundenen neuen Begriffsbestimmung der Unterschlagung die Vermögensdelikte genau aufeinander abgestimmt waren.

4) Motive bei HÖINGHAUS zu § 246 S.172

5) So BGHSt 2, 319; BOCKELMANN, MDR 1953, 7

6) HÖINGHAUS, Amtl. Motive zu § 246, S.172/173

7) Ebenso BOCKELMANN, MDR 1953, 3 ff; POST, S.26, 40/41; eine negative Abgrenzung forderte schon KÖSTLIN, GA Bd.4 (1856), S.54

1) Die Erlangung einer fremden beweglichen Sache in Zueignungsabsicht konnte niemals Unterschlagung sein. Die Logik schloß hier aus, daß beide Tatbestände durch eine natürliche Handlung verwirklicht werden konnten. Daraus ergibt sich, daß als ein wesentliches Merkmal der Manifestation des Zueignungswillens zwar nicht mehr die rechtsgeschäftliche Erlangung der Sache, aber ihre tatsächliche Innehabung durch den Täter angesehen wurde. Daß die Erlangung des Objektes in Zueignungsabsicht nicht als Zueignung im dogmatischen Sinne betrachtet wurde, beweist schon die Bezeichnung dieser Akte in den Motiven. Hier wird stets nur von 'Besitzerwerb', von 'Ansichnahme', einem 'Erwerben' oder 'Erlangen' des Besitzes oder der Sache gesprochen, nie aber von 'zueignen' oder 'Zueignung'. Einen weiteren Beweis liefern die Motive zur Fundunterschlagung:

"Selbst in dem Falle, daß die Ansichnahme der verlorenen Sache seitens des Finders sofort in der Absicht erfolgt, sie sich rechtswidrig anzueignen, wird die Besitzergreifung selbst an sich eine widerrechtliche nicht sein, überdies aber die Absicht der Aneignung erst durch eine nachfolgende Thatsache sich manifestiren müssen und erst mit dieser letzteren der Tatbestand der Unterschlagung erfüllt sein" 8).

Wohl auch im Hinblick auf den *furtum usus* vertraute man also auf eine nachträgliche Manifestierung der Unredlichkeit. Die Erlangung der Sache war nur dann strafbar, wenn andere Vermögensdelikte eingriffen. Da nun aber der Besitz infolge der damals herrschenden juristischen Vermögenstheorie keinen Vermögensvorteil (-schaden) darstellte, konnte die Erlangung einer fremden beweglichen Sache in Zueignungsabsicht nur dann bestraft werden, wenn

- a) das Opfer zugleich mit dem Besitz infolge Täuschung oder Nötigung - wenn auch nach § 123 BGB anfechtbares - Eigentum auf den Täter übertrug (Eigentumsbetrug, Eigentumserpressung) oder
- b) die Besitzerlangung durch Wegnahme erfolgte, so daß der Tatbestand des Diebstahls zur Anwendung gelangte.

Die Lehre sah so damals auch konsequent in der in Zueignungsabsicht erfolgten Besitzerschleichung nur eine straflose Vorbereitungshandlung zur späteren Unterschlagung 9). Aus dieser Feststellung erklärt sich die bereits erwähnte Stelle der

8) Amtl. Mot. bei HÖINGHAUS, S. 173. Auf die Vorteile dieser Regelung hat u. a. Hellmuth MAYER, JW 1934/486 hingewiesen; für Beibehaltung heute nur noch BOCKELMANN, Niederschriften, 6. Band S. 54

9) v. BAR, GS 40, 492; BINDING, Lhb. S. 345 (S. 238 ff zur jur. Vermögenstheorie); ECKSTEIN, GA Bd. 59, 417; HÄLSCHNER, Strafrecht, S. 268/269; MERKEL, S. 697; S. 764 und FRANK in den ersten Auflagen seines Kommentars.

Motive, die hier zur Verdeutlichung nochmals zitiert werden soll:

"Ist der Besitz auf eine unrechtmäßige, aber nicht strafbare Art erlangt, so wird durch die spätere rechtswidrige Zueignung der Sache der Tatbestand der Unterschlagung hergestellt".

2) Für die Verwertungshandlung ergibt sich aus den Motiven infolge des bisher zur Erlangung einer fremden beweglichen Sache in Zueignungsabsicht Gesagten:

Da durch Diebstahl, Betrug oder Erpressung keine Zueignung erfolgen konnte, mußte eine weitere der unredlichen Gesinnung des Täters entsprechende Handlung notwendig den Tatbestand der Unterschlagung verwirklichen¹⁰⁾. Das beweist auch die Tatsache, daß eine negative Abgrenzung zum Diebstahl immerhin erwogen wurde. Die bereits zitierten Erörterungen der Motive, daß "in den Fällen, in welchen der Besitzerwerb schon den Tatbestand eines anderen Vergehens bildet, die Strafbarkeit der Handlung bereits hierdurch festgestellt ist und der juristische Charakter der letzteren sich nicht nachträglich wieder ändern kann", bezieht sich eindeutig auf den Zeitpunkt der Erlangung des Besitzes. Nicht ist damit jedoch ausgedrückt worden, daß § 246 nicht nachträglich durch eine weitere Handlung des Täters erfüllt werden könne.

Mit der hier zuletzt zitierten Stelle der Motive ist natürlich erst recht nicht gesagt, daß die Verwertungshandlung dann nicht tatbestandsmäßig im Sinne von § 246 ist, wenn bei der Gewahrsamerlangung durch ein anderes Vermögensdelikt keine Zueignungsabsicht vorliegt. Dies ergibt sich aber nicht aus der Hervorhebung der Erlangung des Gewahrsams in "diebischer Absicht", wie RGSt 15, 426 (428) annimmt, sondern folgt aus der Tatbestandslosigkeit der Erlangung des Besitzes an einer Sache in bezug auf Betrug, Erpressung, - gegebenenfalls - Untreue oder Fund schlechthin. Der Besitzerwerb konnte eben, da der Besitz als solcher vom Gesetzgeber nach der juristischen Vermögenstheorie nicht als Vermögensbestandteil angesehen wurde, nur dann den Tatbestand eines Vermögensdeliktes erfüllen, wenn er entweder durch Wegnahme in Zueignungsabsicht erlangt wurde (Diebstahl) oder wenn zugleich mit dem Besitz durch Täuschung oder Nötigung auch das Eigentum an der fremden beweglichen Sache vom Opfer auf den Täter übertragen wurde (Eigentumsbetrug und -erpressung im Gegensatz zum bloßen Besitzbetrug und zur bloßen Besitzerpressung).

10) FREUND, S. 7, neigt ebenfalls zu dieser Folgerung. Seine erklärte Unsicherheit wurzelt in der irrigen Annahme, daß den Motiven die wirtschaftliche Vermögenstheorie zugrunde zu legen sei.

Über das Wesen der Zueignung ist in den Motiven nichts ausgesagt, außer daß die Zueignungsabsicht sich manifestieren müsse¹¹⁾. Zur Absicht der Zueignung selbst wird lediglich ausgeführt, "daß der Dieb natürlich die Absicht nicht haben kann, die Sache als sein Eigentum zu gewinnen, da er ja selbst am Besten weiß, wie er dieselbe erworben und daher das Eigentum nicht erlangen konnte; wohl aber hat er die Absicht, über sie, als ob sie sein Eigentum sei, zu verfügen".¹²⁾ Das Wort "verfügen" deutet hier in bezug auf die Zueignung eher auf einen der Erlangung nachfolgenden Akt, nicht auf diese selbst.

Von Wichtigkeit ist schließlich noch, daß der in einer fremden beweglichen Sache verkörperte Wert als Gegenstand der Zueignung zumindest nicht ausgeschlossen wurde. Das zeigt ein Blick auf die Entstehungsgeschichte des subjektiven Tatbestandes des Diebstahls: Noch der Entwurf von 1830 zu einem Preußischen Strafgesetzbuch forderte im Anschluß an das Preußische Allgemeine Landrecht eine Diebstahlshandlung um eines "unrechtmäßigen Vorteils wegen", während die Entwürfe von 1833 und 1836 präzisierten: "um sich dieselbe zuzueignen und dadurch sich einen unrechtmäßigen Gewinn zu verschaffen"¹³⁾. Erst in dem mit unserem heutigen § 242 übereinstimmenden § 215 Pr StGB erfolgte aus beweistechnischen Gründen die Einengung auf die "Zueignungsabsicht". Einerseits sollte damit die Bestrafung wegen Diebstahl "gegen eine böswillige Ausflucht seitens des Angeschuldigten"¹⁴⁾ gesichert werden, andererseits setzte man die Gewinnsucht als selbstverständlich voraus¹⁵⁾. Was des näheren unter 'Zueignung' verstanden wurde, ist in den Motiven zum Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund nicht zu entnehmen.

11) Amtl. Motive bei HÖINGHAUS S.173 (zu § 246)

12) Amtl. Motive bei HÖINGHAUS S.168 (zu § 242)

13) Goldt. Mat. S.464

14) v. SAVIGNY nach Goldt. Mat. II S.465

15) Bericht der Kommission für Rechtspflege über die Beratung des Entwurfes eines Strafgesetzbuches für die Preuß. Staaten, S.479, abgedr. in Goldt. Mat., S.465; vgl. auch HÄLSCHNER, Strafrecht, S.442; zur geschichtl. Entwicklung des subjektiven Tatbestandes: Hermann BRUNS, S.43 ff

B. DIE ERLANGUNG EINER FREMDEN BEWEGLICHEN SACHE
DURCH DIEBSTAHL ODER SACHBETRUG, SACHERPRESSUNG,
UNTREUE UND FUND IN ZUEIGNUNGSABSICHT

Entscheidender Beurteilungszeitpunkt für eine eventuelle Zueignung einer fremden beweglichen Sache durch Diebstahl, Betrug, Erpressung, Untreue oder Fund ist der Moment der Gewahrsamserlangung.

Es ist davon auszugehen, daß im Strafgesetzbuch nur an einer Stelle 'zueignen' als objektives Tatbestandsmerkmal gebraucht ist: im Tatbestand der Unterschlagung (§ 246 StGB). Weiter kann als unstreitig ¹⁶⁾ vorausgesetzt werden, daß es im Bereich der gesamten Vermögensdelikte nur einen Zueignungsbegriff gibt, daß also der im subjektiven Unrechtsmerkmal der Zueignungsabsicht des Diebstahls (§ 242) enthaltene Begriff der Zueignung kein anderer ist als der im objektiven Tatbestand der Unterschlagung (§ 246) verwendete.

Will man nun nicht Gefahr laufen, einen zweiten Zueignungsbegriff willkürlich neben den gesetzlichen zu rücken, empfiehlt es sich, das Wesen der Zueignung aus dem Tatbestand des § 246 und nicht aus dem des Diebstahls heraus zu ermitteln. Für diesen Ausgangspunkt spricht zunächst einmal, daß die Zueignung als Rechtsbegriff ¹⁷⁾ in § 246 durch das mit ihr verbundene und objektiv wahrnehmbare Erfordernis des Besitzes oder Gewahrsams leichter zu bestimmen ist, als wenn allein vom subjektiven Tatbestandsmerkmal der Zueignungsabsicht des § 242 ausgegangen wird. Dem Diebstahl ist im Gegensatz zu § 246 keine Eingrenzung der Zueignung durch bestimmte tatsächliche Voraussetzungen zu entnehmen; § 242 birgt so als Ansatzpunkt für die Ermittlung des Wesens der Zueignung die Gefahr einer zu großen Subjektivierung. Hinzu kommt, daß die Ausgestaltung des Diebstahls als Absichtsdelikt die Vermutung nahe legt, daß es sich hier um ein Delikt sogenannter "überschießender Innentendenz" mit der Folge handelt, daß der Dieb die Zueignung der fremden beweglichen Sache nur plant, während die Zueignung selbst erst im Tatbestand der Unterschlagung zur Vollendung gelangt ¹⁸⁾. Als Delikt mit überschießender Innentendenz würde § 242 sozusagen nur über einen Teil der Zueignung, nicht jedoch über ihr gesamtes Wesen Auskunft geben.

16) GLEISPACH, S. 9; HARBURGER, S. 334; MERKEL, S. 698; OLLENDORFF, S. 37; RABE, S. 43; SAUER, GA Bd. 63, 290; SCHÖNKE, § 246 Anm. IV; SCHAPPEL, S. 54, 57/58; RGSt 47, 149

17) Vgl. für alle OPPENHOFF, § 246 Anm. 39 a

18) Vgl. dazu eingehender Seiten 44 ff.

Im Tatbestand der Unterschlagung ist der Zueignung der fremden beweglichen Sache nun das Merkmal "die er in Besitz oder Gewahrsam hat" vorangestellt. Es ist schon aus den Darlegungen in bezug auf die Motive zu den §§ 242 und 246 ersichtlich, daß die in § 246 vorgenommene Abgrenzung zu den übrigen Vermögensdelikten eine Doppelwirkung mit sich bringt. Diese Doppelwirkung liegt einmal darin, daß die Erlangung einer fremden beweglichen Sache durch Diebstahl, Betrug, Erpressung, Untreue oder Fund (in Zueignungsabsicht) auf Grund des Erfordernisses bereits bestehenden Gewahrsams nicht zugleich den Tatbestand der Unterschlagung erfüllt. Die vorgenommene Abgrenzung von § 246 zu §§ 242, 263, 253 (266) hat jedoch gleichzeitig zur Folge, daß eine Zueignung einer fremden beweglichen Sache nur dann möglich ist, wenn der Täter bereits den Gewahrsam am Tatobjekt innehat. Dieser Gewahrsam braucht nun aber seit der Umgestaltung der Unterschlagung vom Treupflichtverletzungsdelikt zum reinen Eigentumsdelikt nicht mehr rechtmäßig erlangt zu sein - wenigstens was die einfache Unterschlagung des § 246 Abs. 1 Altern. 1 StGB betrifft. Daraus folgt, daß die Bezeichnung dieses Deliktes als "Unterschlagung" ihre ursprüngliche Bedeutung verloren und einen anderen Sinngehalt gewonnen hat; sie trifft genau genommen im herkömmlichen Sinne nur noch die Zueignung anvertrauter Sachen der 2. Alternative von § 246 Abs. 1 ¹⁹⁾. Diese Qualifikation unterscheidet sich gerade durch das Treuverhältnis vom reinen Eigentumsdelikt der Unterschlagung. Die einfache Unterschlagung ist somit im Gegensatz zur 2. Alternative von § 246 Abs. 1 nicht etwa nur eine besondere Art der Zueignung, sondern ihr Begriffsinhalt ist mit dem der Zueignung identisch. Bezeichnend ist zum Beispiel BGHSt 4, 77: "Unterschlagung ist ... Zueignung fremder beweglichen Sachen ...". Das bedeutet, daß man sich eine Sache im strafrechtlichen Sinne nur zueignen kann, wenn den Erfordernissen von § 246 Abs. 1, 1. Altern. Genüge getan ist. In diesem mit der Zueignung gleichbedeutendem Sinne wird die Bezeichnung "Unterschlagung" im folgenden allein verwendet werden.

Gibt es aber im Bereich der Vermögensdelikte nur einen Zueignungsbegriff, und ist dieser mit dem Begriff der einfachen Unterschlagung (§ 246 Abs. 1) identisch, so steht der Bejahung von Zueignung schon im Zeitpunkt der Erlangung des Gewahrsams an einer fremden Sache durch Diebstahl, Betrug, Erpressung, Untreue oder Fund zunächst das Erfordernis entgegen, daß nach § 246 der Täter die fremde bewegliche Sache im Besitz oder Gewahrsam haben muß. Es kann sich demnach bei der Erlangung einer Sache nur dann eine Zueignungsabsicht bzw. vorhandener Zueignungswille manifestieren, wenn es nicht unabdingbar zur Rechtsnatur der allein durch § 246 Abs. 1 StGB vorgegebenen Zueignung gehört, daß die Erlangung des Gewahrsams der Zueignung zeitlich vorausgegangen ist.

19) MANNHEIM, S. 346; vgl. auch JESCHECK, Methoden, S. 112

I. Die sogenannte "berichtigende Auslegung" des Unterschlagungstatbestandes

Die Frage, wie das Merkmal "die er in Besitz oder Gewahrsam hat" in § 246 auszulegen ist, ist seit BINDING ²⁰⁾ unter der Bezeichnung "berichtigende Auslegung des Unterschlagungstatbestandes" eine im Schrifttum immer wieder erneut ²¹⁾ behandelte Frage, die durch kriminalpolitische Bedürfnisse akut geworden ist. Kann jene Formulierung nämlich nur so aufgefaßt werden, daß die Gewahrsamserlangung der Zueignung zeitlich vorauszugehen hat, so schränkt dieses Erfordernis den Begriff der Zueignung jedenfalls ein. Es entfallen dann im wesentlichen zwei ²²⁾ Sachverhalte ohne Bestrafungsmöglichkeit infolge einer Lücke zwischen dem Diebstahl und der Unterschlagung: das Aufnehmen einer verlorenen Sache mit Zueignungsvorsatz ²³⁾ und der Fall, daß der mittelbare Besitzer einer fremden beweglichen Sache diese unbefugt im Wege der Schenkung oder durch Abtretung des Herausgabeanspruches dem jeweils gutgläubigen Kontrahenten überläßt.

Um die aufgezeigten Lücken zwischen § 242 und § 246 zu schließen, haben sich neben der Ansicht, Zueignung erfordere bereits bestehenden Gewahrsam des Täters, zwei weitere Meinungen im Hinblick auf die Auslegung des Unterschlagungstatbestandes herausgebildet. Im folgenden sollen zunächst die Vertreter der einzelnen Auffassungen einander gegenübergestellt werden:

BOCKELMANN, FRANK, GERLAND, GLEISPACH, HÄLSCHNER,
HARBURGER, JESCHECK, KOHLRAUSCH-LANGE, v. LISZT-SCHMIDT,
Helmuth MAYER, MERKEL, MÜHLMANN-BOMMEL, v. OLSHAUSEN,

20) Normen S.1044/1045 u. Anm. 24, 25 daselbst; Lhb. S.275 f

21) Aus der neueren Zeit vgl. die Kontroversen von BOCKELMANN, MDR 1953, 3 ff einerseits und WELZEL, JZ 1952, 617 f andererseits; SCHNEIDER, W., MDR 1956/337 f einerseits und FELDHAUS, NJW 1953, 1738 f andererseits.

22) Die mit der "berichtigenden Auslegung" aufs engste zusammenhängenden Probleme bei der Mittäterschaft und die sich daraus auch für § 350 ergebenden Konsequenzen können hier außer Betracht bleiben; dazu POST, S. 7.

23) Abzulehnen ALLFELD, Lhb. 8. Aufl. S.436 Anm.36, der die der Zueignung zeitlich vorausgehende Gewahrsamserlangung beim Fund in der "engen örtlichen Beziehung" erblickt, "in der der Täter unmittelbar vor dem Griffe nach der Sache, dem eigentlichen Zueignungsakt, sich befindet"; s. jedoch § 965 Abs. 1 BGB, wo zwei Akte des Finders vorausgesetzt werden: "Wer ... findet und an sich nimmt".

OPPENHOFF, SCHAPPEI und W. SCHNEIDER ²⁴⁾

sowie bis 1915 in ständiger Rechtsprechung das Reichsgericht ²⁵⁾

betrachten zeitlich vorauseralangten Gewahrsam des Täters für eine Zueignung als unerlässlich. Die entgegengesetzte Auffassung sieht in dem Tatbestandsmerkmal von § 246 "die er in Besitz oder Gewahrsam hat" lediglich ein schlecht formuliertes Abgrenzungskriterium, also überhaupt kein objektives Tatbestandsmerkmal. Hierher zählen vor allem:

BINDING, BUSCH, FELDHAUS, JAGUSCH, KREBS, v. KUJAWA, MAURACH, METZ, MEZGER-BLEI, SAUER, SCHÖNKE-SCHRÖDER, WACHENFELD und WELZEL ²⁶⁾.

Eine dritte Meinung vermittelt zwischen den beiden aufgezeigten Positionen. Sie will zwar von dem Erfordernis zeitlich vorauseralangten Gewahrsams absehen, im übrigen aber an dem Merkmal "die er in Besitz oder Gewahrsam hat" als einem objektiven Tatbestandsmerkmal festhalten. Diesen Standpunkt vertreten:

DALCKE, DREHER-MAAßEN, HABERKORN, v. HIPPEL, KERN, LUTHER, SCHÖNKE sowie SCHWARZ-DREHER ²⁷⁾ und der Bundesgerichts-

24) BOCKELMANN, MDR 1953, 3 ff; FRANK, § 246 Anm. II 3; GERLAND, S. 605; GLEISPACH, S. 7; HÄLSCHNER, Strafrecht, S. 348 + 361; HARBURGER, S. 335; JESCHECK, Methoden, S. 112 unter ausdrücklicher Aufgabe seiner abweichenden Ansicht in GA 1954, 324 und GA 1955, 102; KOHLRAUSCH-LANGE, § 246 Anm. II; v. LISZT-SCHMIDT, S. 639; H. MAYER, JW 1934, 486; MERKEL, S. 698; MÜHLMANN-BOMMEL, § 246 Anm. 4; v. OLSHAUSEN, 12. Aufl. Anm. 5a zu § 246; OPPENHOFF, § 246 Anm. 30, 37; SCHAPPEI, S. 60; W. SCHNEIDER, MDR 1956/337 f

25) RGSt 5, 7; 10, 261; 22, 308; weitere Nachweise bei POST, S. 18, Anm. 72

26) BINDUNG, Normen, S. 1044 u. Anm. 24 dort mit einem Überblick über die Literatur um 1916; S. 1045 Anm. 25; BUSCH, SJZ 1950, Sp. 360; FELDHAUS, NJW 1953, 1739; JAGUSCH, LK § 246 Anm. 3; KREBS, S. 79; v. KUJAWA, GA Bd. 51, 9 ff; MAURACH, BT S. 229 (im Widerspruch zu AT S. 290, wo er noch "exklusive Alternativität" zwischen §§ 242 und 246 annimmt; METZ, S. 34; MEZGER-BLEI, BT S. 118; SAUER, Syst. des Strafrechts, S. 60, 62; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 246 Rdn. 1; WACHENFELD, S. 384, 385; WELZEL, Lhb. S. 287/288 und JZ 1952, 618 ff

27) DALCKE, § 246 Anm. 3; DREHER-MAAßEN, § 246 Anm. 3; v. HIPPEL, Lhb. S. 249; KERN, Grundriß, S. 108; SCHÖNKE, Komm. § 246 Anm. IV 3; SCHWARZ-DREHER, § 246, Anm. 1 B a; HABERKORN, MDR 1962, 705; LUTHER, S. 7 (der allerdings seine Meinung nur mit § 2 a. F. StGB begründen zu können glaubt).

hof 28),
 der damit der vom Reichsgericht ²⁹⁾ seit 1915 getübten Rechtsprechung folgt.

Es muß hervorgehoben werden, daß allen einschlägigen Entscheidungen des Bundesgerichtshofes und des Reichsgerichtes - die Unterschlagung bejahen - Sachverhalte zugrunde liegen, bei denen die Manifestation des Zueignungswillens mit der Erlangung des Gewahrsams zeitlich zusammenfällt. ³⁰⁾ War überhaupt kein Gewahrsam vorhanden, so wurde Zueignung ausdrücklich abgelehnt ³¹⁾. Da sich nun aber alle zwei aufgezeigten Auffassungen unter der Bezeichnung "berichtigende Auslegung des Unterschlagungstatbestandes" verbergen, wird der Unterschied zwischen der Auslegung, die nur Gleichzeitigkeit von Gewahrsams-erlangung und Zueignungsakt genügen lassen möchte, und der Auslegung im Sinne Bindings oft nicht berücksichtigt oder gar nicht erkannt. So tauchen immer wieder Mißverständnisse ³²⁾ auf, weil im Schrifttum bei der Behandlung des Problems und in der Rechtsprechung in den Entscheidungsgründen nicht scharf differenziert wird. ³³⁾ Als Beispiel kann hier die Entscheidung des Bundesgerichtshofes in LM Nr. 3 zu § 246 StGB angeführt werden ³⁴⁾. Hier wird entschieden, daß es genüge, wenn die Gewahrsamserlangung mit der Zueignung zeitlich zusammenfalle, weil "Unterschlagung ... Zueignung fremder Sachen ohne Gewahrsamsbruch" sei. In einem Atemzug bezieht sich dann der Bundesgerichtshof auf die ganz eindeutige Entscheidung des Reichsgerichtes in JW 1934 S. 486, die das Genügen von Gleichzeitigkeit begründet.

28) BGHSt 4, 77 = NJW 1953, 795 = in LM Nr. 3 zu § 246 StGB; weitere Nachweise bei POST, S. 10 Anm. 20, 21; bei JESCHECK, GA 1955, 102; wie der BGH OLG Bremen in MDR 1948, 261; OLG Hamm in JMBINRW 1952, 269;

29) RGSt 49, 194; 58, 229 (230); 67, 77; RG JW 1934, 486; RG DJ 1938, 1880; RG DR 1927 Nr. 752 und 1940, 792 Nr. 7; weitere Zitate bei POST, S. 19 Anm. 80; HABERKORN, MDR 1962, 705 Anm. 9; FELDHAUS, Diss. S. 29 Anm. 5 und NJW 1953 S. 1738 Anm. 11

30) Ebenso BUSCH, SJZ 1950, Sp. 359 ff (zur Rechtspr. des Reichsgerichts); JESCHECK, GA 1955, 102 (zur Rspr. des Bundesgerichtshofes)

31) So z. B. in BGHSt 2, 319 = NJW 1952, 797 = JZ 1952, 629 = LM Nr. 2 zu § 246 StGB. Ob Gleichzeitigkeit genügt, läßt der BGH hier ausdrücklich offen.

32) So mißverstehen E. SCHNEIDER (NJW 1953, 1421) und W. SCHNEIDER (MDR 1956, 337 Anm. 3) die Entsch. BGHSt 2, 317 (319) und FELDHAUS, Diss. S. 30/31 die Entscheidung RGSt 49, 195

33) z. B. von BOCKELMANN in MDR 1953, 4 und WERNER in Anm. zu LM Nr. 2 zu § 246 StGB

34) Vgl. weiter: RGSt 49, 195

Die Autoren, die der Ansicht von BINDING folgen, begründen ihre Auffassung mit dem allgemein anerkannten Zweck der Vorschrift des § 246, der darin gesehen wird, Lücken beim strafrechtlichen Eigentumsschutz zu schließen³⁵⁾. Aus dem Zweck des Unterschlagungstatbestandes als allgemeinem Auffangtatbestand aller Sachverschiebungsdelikte wird gefolgert, daß die Formulierung "die er in Besitz oder Gewahrsam hat" entweder als nicht existent zu betrachten sei oder ein negatives Abgrenzungskriterium darstelle, das von dem Satz "nulla poena sine lege" nicht umfaßt werde³⁶⁾. Nun ist jedoch bei der Auslegung eines Tatbestandes nicht allein der kriminalpolitische Zweck ausschlaggebend, sondern - im Interesse der Rechtssicherheit - eine bestimmte Reihenfolge verschiedener Gesichtspunkte:

Seit geraumer Zeit³⁷⁾ hat sich die sogenannte "objektive Auslegungstheorie" gegenüber der "subjektiven Auslegungstheorie"³⁸⁾ durchgesetzt. Sie wurde zum Teil schon vom Reichsgericht vertreten und kann heute als in Lehre und Rechtsprechung absolut herrschend³⁹⁾ bezeichnet werden. Nach dieser Theorie ist für die Auslegung eines Tatbestandsmerkmals der objektive Wille des Gesetzes entscheidend. Innerhalb der Grenzen des sprachlich Möglichen ist nach dem Sinn und Zweck des Tatbestandes zu forschen, wobei - ausgehend vom Wortlaut als Fundament - der Zusammenhang mit anderen Vorschriften und das Verhältnis der Strafdrohungen⁴⁰⁾ zueinander zu beachten ist. Der Entstehungsgeschichte und den Entwürfen⁴¹⁾ kommt hier nur die Bedeutung zwar wertvoller, aber untergeordneter Hilfsmittel zu, weil "kein Gesetz ... eine starre Begrenzung seiner Anwendbarkeit auf solche Fälle" verträgt, "die der vom Gesetzgeber ins Auge gefaßten Ausgangslage entsprechen, ... solange dies nicht die Form sprengt, in die es gegossen ist" (BGHSt 10/159 (160)). Die äußerste Grenze des Wortsinnes bildet

35) BAUMANN, NJW 1961, 1143; BOCKELMANN, MDR 1953, 4; POST, S. 63

36) WELZEL, JZ 1952, 618; a. A. POST, S. 47; gegen negative Abgrenzung: HÖPFNER, S. 143

37) Zur noch bis 1952 bestehenden Unsicherheit in dieser Frage SCHMIDT-LEICHTNER, NJW 1950, 624 (625)

38) Nachweise bei BENDER, JZ 1957, 596 und bei JESCHECK, Methoden, S. 112 Anm. 20; ENGISCH, S. 88 ff

39) MEZGER-BLEI AT, S. 25 f; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 2 Rdn. 22 ff; KOHL-RAUSCH-LANGE, § 2 Anm. II ff; BVerfGE Bd. 1, 312; BGHZ 23, 390; BGHSt 1, 76; 3, 262; 4, 148; 10, 159 (160); 14, 118; zum BGH eingehend JESCHECK, GA 1954, 324; vgl. auch BGH NJW 1958, 1788; für das RG: RGSt 37, 334; 77, 138; Kritisch NAUCKE, S. 192 ff

40) SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 2 Rdn. 27; OGHSt 1, 257

41) Vgl. z. B. BGHSt 1, 166; 14, 47

also die Grenze für alle Auslegungsmöglichkeiten.⁴²⁾ Wie leicht sie durchbrochen werden kann, beweist zum Beispiel BGHSt 6, 396 (zu § 42 m StGB), wo im Widerspruch zur objektiven Auslegungstheorie ausgeführt wird, "durch den Wortlaut ist die Auslegung nicht begrenzt; es kommt vielmehr auf den Sinn und Zweck an, den der Gesetzgeber ... erkennbar verfolgt hat".

Für die Auslegung des Unterschlagungstatbestandes ergibt sich aus der objektiven Auslegungstheorie, daß das Merkmal "die er in Besitz oder Gewahrsam hat" auf Grund seines positiven Wortsinnes auch als solches hingenommen werden muß. Erst auf dieser Basis können Sinn und Zweck dieser Vorschrift zum Tragen kommen. Da der Zweck des Unterschlagungstatbestandes als Auffangtatbestand nun aber über das positive Merkmal hinausreicht, wäre ein Abgehen vom Wortlaut eventuell dann zu rechtfertigen, wenn sich an Hand der Motive ergeben würde, daß dem Gesetzgeber bei der Aufnahme des streitigen Merkmals in den Unterschlagungstatbestand ein Erklärungsirrtum unterlaufen ist⁴³⁾. Schon bei der Erörterung der Vermögensdelikte bei Erlaß des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund hat sich aber gezeigt, daß der Gesetzgeber ganz bewußt eine positive Abgrenzung gewählt hat. Insbesondere hat dies auch BOCKELMANN⁴⁴⁾ in einer eingehenden Darlegung nachgewiesen. Es ist deshalb nicht richtig, wenn BINDING⁴⁵⁾ behauptet, es sei "etwas ganz anderes gedacht als gesagt". Wenn seine Anhänger trotz des Wortlautes von § 246 auf Grund kriminalpolitischer Erwägungen dem Zweck des Unterschlagungstatbestandes als Auffangtatbestand entscheidende Bedeutung bei der Auslegung zumessen, so brechen sie mit den von ihnen selbst anerkannten Prinzipien der objektiven Auslegungstheorie⁴⁶⁾. Wie dieses Vorgehen im Bereich der Zueignungsdelikte mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar sein soll, bleibt offen.

Wenn im Hinblick auf den Grundsatz "nulla poena sine lege" nach dem bisher Gesagten einerseits der mögliche Wortsinn des Unterschlagungstatbestandes die Grenze der Auslegung bildet, so erweist es sich andererseits nicht als notwendig, auch heute noch daran festzuhalten, daß die Erlangung des Gewahr-

42) Abweichend will BAUMANN, MDR 1958, 395 und in Der strafrechtliche Schutz ..., S.238 nur die 'allgemeinverständliche' Wortbedeutung als Grenze gelten lassen.

43) GRABHERR, S.62/63; KOHLRAUSCH-LANGE, § 2 Anm. III C 2; DOG in NJW 1950, 652

44) MDR 1953, 3 ff, insbes. S.5 und 7; auch POST, S.26-38, insbes. S.29

45) Normen S.1044 Anm. 24; ebenso irrig v. KUJAWA, GA Bd. 51, 12/13

46) Vgl. z.B. SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 246 Rdn. 1 a.E. - im Gegensatz zu § 2 Rdn. 16, 23, 31

sams an der fremden beweglichen Sache der Zueignung zeitlich vorausgehen muß. Da nämlich nicht gefordert ist, daß der Täter die Sache *bereits* in Gewahrsam hat, vermag die Präsensform "die er ... *h a t*" auch den Fällen noch gerecht zu werden, in denen die Erlangung des Gewahrsams und die Manifestation des Zueignungswillens zu gleicher Zeit erfolgen. Für solche Sachverhalte bietet der Wortlaut von § 246 gerade noch genügend Deckung. Mit der Gewahrsamserlangung an der Sache ist auch deren Innehabung gegeben. POST ⁴⁷⁾ kann deshalb nicht gefolgt werden, wenn er auf Grund des Wortlautes der Motive: "rechtswidrige Aneignung der fremden beweglichen Sache, in deren Inhabung der Thäter sich bereits befindet" ⁴⁸⁾ meint, die Zueignung müsse der Gewahrsamserlangung stets nachfolgen. Da der Wortlaut des Unterschlagungstatbestandes bei objektiver Auslegung eine andere Deutung zuläßt, können die Motive des Gesetzgebers gegenüber dem Wortlaut des Gesetzes unbeachtet bleiben. Damit ist zugunsten der vermittelnden Meinung bei der "berichtigenden" Auslegung des Unterschlagungstatbestandes Stellung genommen. Sie allein kann noch für sich in Anspruch nehmen, den § 246 StGB auszulegen und nicht auslegend zu berichtigen ⁴⁹⁾. Selbst BOCKELMANN als einer der energischsten Gegner der "berichtigenden Auslegung" hat in neuerer Zeit bei den Beratungen zum Entwurf eines neuen Strafgesetzbuches eingeräumt, daß er eine Auslegung von § 246 bis zur Gleichzeitigkeit von Gewahrsamserlangung und Zueignung für "noch möglich" hält. ⁵⁰⁾

Die hier vertretene Ansicht schafft eine kaum erkennbare Grenze, von der aus der Tatbestand der Unterschlagung zum Diebstahl kein 'aliud' mehr, sondern ein 'minus' bedeuten kann ⁵¹⁾. Es wird auch nicht verkannt, daß sie nur der Fundunterschlagung, nicht aber dem kriminalpolitisch ebenso beachtlichen Fall der Veräußerung einer fremden beweglichen Sache durch den mittelbar besitzenden Nichteigentümer gerecht zu werden vermag. Insofern bleibt in der Systematik weiterhin ein Bruch zu verzeichnen. Dieser Bruch ist auch nicht durch die Versuche ⁵²⁾, mittelbaren Besitz aufgrund der Formulierung "Besitz oder Gewahrsam"

47) S. 26, ausführlich S. 40/41

48) Amtl. Motive, abgedr. bei HÖINGHAUS, S. 172

49) Es kann keine berichtigende, sondern nur eine richtige Auslegung geben, ob diese nun restriktiv oder extensiv ist; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 2 Rdn. 29; BUSCH, SJZ 1949, Sp. 428

50) Niederschriften, 6. Band S. 58 - anders noch in seinem Aufsatz in MDR 1953, 5 Anm. 32

51) Ausführlich dazu unten Seite 47 ff.

52) Z. B. von: RUTKOWSKI, NJW 1954, 180; POST, S. 58/59; vgl. ferner H. MAYER, JW 1934, 486; W. SCHNEIDER, MDR 1956, 337 f; v. KUJAWA, GA Bd. 51, 14 ff

genügen zu lassen, zu heilen. Es ist unstreitig, daß hier nur eine Tautologie vorliegt, die die ausschließliche Herrschaft des Täters über die Sache im Sinne des heutigen § 854 Abs. 1 BGB betont 53).

FELDHAUS hat hier in einer ausführlichen Abhandlung 54) unter Hinweis auf die Definition des Gleichheitsgrundsatzes durch das Bundesverfassungsgericht in der Südweststaatsentscheidung vom 23. Oktober 1951 55) eingewandt, die 'nicht-berichtigende Auslegung' des Unterschlagungstatbestandes verstoße gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Diese "ungeheuerliche Konsequenz der Verfassungswidrigkeit des Unterschlagungstatbestandes" berechtige zur Korrektur des Gesetzes. FELDHAUS übersieht jedoch, daß in den Fällen des mit Zueignungswillen handelnden mittelbaren Besitzers durchaus sachliche Unterschiede vorliegen: Wer eine Sache erlangt und dabei einen Zueignungswillen faßt und betätigt, hat den Gewahrsam an dem fremden Gegenstand. Wer als mittelbarer Besitzer einer fremden beweglichen Sache Zueignungswillen faßt und betätigt, hat im Moment der 'Zueignung' überhaupt keine unmittelbare Verfügungsgewalt über die Sache. Das Objekt ist in diesem Fall dem Willen des Handelnden allein nicht mehr unterworfen.

BINDING 56) hat die Anerkennung seiner Auffassung als Pflicht von Rechtsprechung und Lehre angesehen, weil sonst die "formalistische Ungeheuerlichkeit" dazu führe, daß Gesetz und Gerechtigkeit "Harakiri machen". Sein Appell ist an die falschen Adressaten gerichtet. Der Gesetzgeber muß hier angerufen werden, den unzulänglichen Tatbestand zu berichtigen. Es ist in diesem Zusammenhang bezeichnend, daß vor 1945 MEZGER 57) die von ihm vertretene Ansicht, es handele sich bei § 246 um ein negatives Abgrenzungskriterium, mit dem Hinweis auf § 2 StGB in der Fassung vom 28.6.1935 begründete. Heute besteht diese Möglichkeit, Gesetzeslücken zu überbrücken, nicht mehr.

53) HABERKORN, MDR 1962, 704 Anm. 2 (Nachweise); WACHENFELD, S. 385 - Vor dem BGB machte das RG noch einen Unterschied (RGSt 6, 117 f), für die Zeit danach vgl. RGSt 37, 198 ff; 34, 376

54) Diss. S. 75 ff; NJW 1953, 1739

55) abgedr. in NJW 1951, 878 = BVerfGE Bd. 1, 14 ff

56) Normen, S. 1044/1045 Anm. 24 und 25

57) Deutsches Strafrecht, S. 258/259; ähnlich LUTHER, S. 7

II. Betrugsvollendung und Zueignung

Mit der vorgenommenen Grenzberichtigung beim Unterschlagungstatbestand bis zum Genügen von gleichzeitig erfolgender Gewahrsamserlangung und Manifestation des Zueignungswillens ist das erste Hindernis aus dem Wege geräumt, das einer Zueignung durch Besitzbetrug, Besitzerpressung, Diebstahl und Untreue bei Erlangung einer fremden beweglichen Sache entgegenstehen könnte. Gleichzeitig ist damit ein methodisch und dogmatisch fester Ausgangspunkt für die weiteren Untersuchungen gewonnen, wenn bei allen erwähnten Tatbeständen stets eine Gleichzeitigkeit von Tatbestandsausführungshandlungen gegeben ist. Hier hat SCHRÖDER ⁵⁸⁾ in bezug auf den Betrug - dasselbe gilt für die Erpressung - zu bedenken gegeben, daß dieser ja schon mit der Vermögensbeschädigung ⁵⁹⁾ vollendet sei, die Zueignung der ertrogenen Sache aber frühestens mit der Gewahrsamserlangung erfolgen könne. Dieser Einwand ist bei SCHRÖDER, der auch bei mittelbarem Besitz Unterschlagung für möglich hält ⁶⁰⁾, nicht ganz folgerichtig. Er trifft nur die in dieser Arbeit vertretene Auslegung von § 246, daß auch Zueignung schon bei der Erlangung des Gewahrsams möglich ist.

SCHRÖDER ist zuzugeben, daß bei Sachbetrug und Sacherpressung nicht in allen denkbaren Fällen die Erlangung des Gewahrsams an der fremden Sache mit der Vollendung des Tatbestandes zusammenfallen wird. Fingiert zum Beispiel ein Paketbriefträger eine Bestellung bei einer Firma unter einer nicht existierenden Adresse seines Zustellungsbezirkes, um sich die Sendung nach Aufgabe zur Post und bei Übergabe an ihn zur Zustellung anzueignen ⁶¹⁾, so ist der Betrug schon vollendet, bevor der Postbeamte den Gewahrsam an dem Paket erlangt. Andererseits wird aber bei der Vermögensverfügung des Betrugers meistens eine ebenso enge Verbindung des Gewahrsamswechsels, hier der fremdtätigen Gewahrsamsaufgabe und der Gewahrsamsbegründung, vorliegen, wie sie auch im Regelfall beim Gewahrsamsbruch und der Gewahrsamsbegründung des Diebstahls gegeben ist. Das bedeutet, daß in den Fällen, in denen die betrügerisch oder erpresserisch bewirkte Vermögensverfügung nicht nur eine Weggabe, sondern unmittelbar ein Hingeben der Sache in den Herrschaftsbereich des Betrügers oder Erpressers darstellt, die Vollendung des Betruges oder der Erpressung - wie beim Diebstahl -

58) in JR 1960, 308; s. auch BAUMANN, Der strafrechtl. Schutz ..., S. 43/44

59) Zur Befreiung der RG-Rechtsprechung vom juristischen Vermögensbegriff NAUCKE, S. 117 ff. Die Abkehr von der juristischen zur wirtschaftlichen Vermögenstheorie erfolgte in der Rspr. durch die Plenarentscheidung RGSt 44, 233

60) SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 246 Anm. 7

61) Sachverhalt von RG HRR 1940 Nr. 333

mit der Begründung des Gewahrsams an der fremden beweglichen Sache durch den Täter zusammenfällt. Bei einer Hingabe wird es kaum möglich sein, den Eintritt des Vermögensschadens von der Gewahrsamsbegründung zu trennen, so daß an der Eignung z.B. der Täuschungshandlung als Manifestation des Zueignungswillens nicht auf Grund einer zeitlichen Differenz gezweifelt werden kann.⁶²⁾

Aber auch die Fälle, in denen - wie bei dem angeführten Paketbriefträgerbeispiel - Vollendung und Sacherlangung auseinanderfallen, dürften für eine Gleichzeitigkeit von Tatbestandsausführungshandlungen des Betruges und der Unterschlagung kein Hindernis bilden, wenn man - wie SCHRÖDER selbst⁶³⁾ - in der tatsächlichen Beendigung eine noch tatbestandsverwirklichende Ausführungshandlung sieht, die zur Herstellung von Handlungseinheit geeignet ist.

III. Der Manifestationsakt bei objektiver Betrachtung

Nach dem bisher Ausgeführten bildet weder die Fassung des Tatbestandes der einfachen Unterschlagung noch - im Regelfall - die Vollendung der übrigen Vermögensdelikte ein Hindernis dafür, schon im Zeitpunkt der Erlangung des Gewahrsams an einer fremden Sache durch Diebstahl, Betrug, Erpressung oder Untreue eine Zueignung anzunehmen. So bleibt schließlich noch die Frage, ob der Zueignungswille grundsätzlich durch Gewahrsamsbruch, Täuschungshandlung oder Nötigung sowie ungetreues Verfügen über eine fremde bewegliche Sache in genügender Form kundgetan werden kann. Zu verneinen wäre das jedenfalls für den größten Teil dieser Fälle, wenn eine Manifestation des Zueignungswillens erforderlich wäre, die "objektiv, ihrem sozialen Sinngehalt nach"⁶⁴⁾, auch als Zueignung erscheint.

Zunächst muß festgestellt werden, daß eine objektiv-eindeutige Manifestation eines Zueignungswillens nicht denkbar ist⁶⁵⁾. Nimmt man als relativ starken Manifestationsakt zum Beispiel den Verkauf einer fremden Sache, so läßt sich nur bei Kenntnis der objektiven Umstände des Verkaufs nie sagen, ob der Handelnde Täter einer Unterschlagung geworden ist. Werden beispielsweise un-

62) Von einem Zusammentreffen der Gewahrsamerlangung mit der Betrugsvollendung geht offensichtlich auch BOCKELMANN in JZ 1960, 622 aus.

63) SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. § 73 Rdn. 9; § 146 Rdn. 15; wie Schröder GEERDS, S. 279; RGSt 60, 316; OLG Schleswig, NJW 1963, 1561 mit weiteren Nachweisen.

64) GALLAS, Niederschriften, Bd. 6, S. 301

65) BOCKELMANN, JZ 1960, 622; ZStW 65, 589; vgl. zum Ganzen näher unten Seite

befugt fremde Wertpapiere verkauft, so kann dem Verkauf auch der Wille zugrunde liegen, den abwesenden Eigentümer vor dem Schaden einer drohenden Baisse zu bewahren, deren Eintritt nur der Handelnde aufgrund besonderer Kenntnisse voraussah. Es könnte bei den objektiven Anforderungen, die an den Manifestationsakt zu stellen sind, also lediglich erwogen werden, objektiv unverfängliche Akte aus dem Bereich der geeigneten Manifestationen auszuschneiden. Damit würde jedoch der Anwendungsbereich des Unterschlagungstatbestandes in kriminalpolitischer Hinsicht zu weit eingeengt werden. Es würden hier praktisch nur Fälle wie die Verarbeitung, Vermischung oder Umbildung der Sache erfaßt werden können. Eine fremde Sache wäre so schlechthin immer unbefugten Manipulationen des Gewahrsamsinhabers ausgesetzt, ohne daß er für seine Übergriffe belangt werden könnte. So begrüßenswert vielleicht vom Beweisstandpunkt aus gesehen eine Eingrenzung der erheblichen Manifestationen auf schon objektiv verfängliche Akte wäre, für die Praxis würde sie unbrauchbar sein. Die Folgen dieser Feststellung sind jedoch nicht so weitreichend, wie es zunächst scheinen mag, wenn man sich vergegenwärtigt, daß der subjektive Tatbestand von § 246 stets ein ausreichendes Korrektiv bilden wird.

In Wissenschaft und Rechtsprechung herrscht über die Anforderungen, die an den Manifestationsakt zu stellen sind, heute weitgehend Übereinstimmung⁶⁶⁾, so daß sich hier weitere Ausführungen erübrigen. Nach dieser herrschenden Meinung ist als Zueignung jede Betätigung anzusehen, die einen Zueignungswillen erkennen läßt, selbst wenn es für sich allein betrachtet mehrdeutig oder gar unverfänglich sein sollte. Für die Bejahung einer Zueignung genügt daher "jede Willensäußerung, die im Rahmen einer Würdigung aller Tatumstände eine Zueignungsabsicht offenbart und betätigt" (BGHSt - GrSen - Bd. 14 S. 41).

IV. Der Stand der Meinungen zu der Frage, ob beim Diebstahl nur versuchte oder vollendete Zueignung vorliegt

Es ist bisher festgestellt worden, daß es für eine Zueignung genügt, wenn eine objektiv-mehrdeutige Manifestation des Zueignungswillens und die Erlangung des Gewahrsams an einer fremden beweglichen Sache in einem Zeitpunkt zusammenfallen. Da in den übrigen Vermögensdelikten neben der Unterschlagung geeignete Manifestationsakte tatbestandlich enthalten sind, sollte der Annahme einer

66) BOCKELMANN, JZ 1960, 622 mit Nachweisen; RGSt 63, 378; BGHSt - GrSen - Bd. 14, 41 mit Zitaten; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 246 Rdn. 10; MAURACH BT, S. 217

Zueignung durch diese Delikte eigentlich nichts mehr im Wege stehen. So werten einige Autoren ⁶⁷⁾ den Diebstahl als eine Zueignung durch Wegnahme. Es wird aber auch die entgegengesetzte Auffassung - daß nämlich beim Diebstahl nur versuchte, nicht aber vollendete Zueignung vorliegt - in der Literatur ⁶⁸⁾, vom Reichsgericht ⁶⁹⁾ und vom Bundesgerichtshof ⁷⁰⁾ vertreten.

Die Meinung, beim Diebstahl sei stets nur ein Versuch der Zueignung gegeben, stützt sich darauf, daß im objektiven Tatbestand von § 242 im Gegensatz zu § 246 nur von einer Wegnahme die Rede ist und erst im subjektiven Tatbestand die Zueignung in Form eines Absichtsmerkmals auftaucht.

67) BECKER, S. 51 f.; BINDING, Normen, S. 1056 Anm. 50; Lhb. S. 255 Anm. 3; DRECHSLER, S. 39; ECKSTEIN, GA Bd. 80/283 ff; GERLAND, S. 572; GLEISPACH, S. 20 Anm. 3; HÄLSCHNER, Strafrecht, S. 290; HEGLER, System der Vermögensdelikte, S. 281; HIRSCH, JZ 1963 S. 150 N. 8; HÖPFNER, S. 18 (s. jedoch auch S. 23); HONIG, S. 100; JAGUSCH, LK, § 242 Anm. I und Anm. III 2 - im Gefolge von NÄGLER, LK, 6./7. Aufl., § 242 Anm. I; v. KUJAWA, GA Bd. 51/9; RABE, S. 31/96; ROMPEL, S. 21; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 242 Rdn. 61; WELZEL, Lehrbuch, S. 296.

68) BELING, Grundzüge, S. 54; BOCKELMANN, JZ 1960/622 Anm. 7; FRANK, § 242 Anm. VIII; FREUND, S. 34; GELBERT, Diss. S. 6; HARBURGER, S. 209, 222; v. HIPPEL, Lhb. S. 240; KOHLER, S. 117 ("Rückdatierungsvergehen"); KOHLRAUSCH-LANGE, § 242 Anm. III 2 b; v. LISZT-SCHMIDT, S. 618; MAURACH, BT, S. 195; MERKEL, S. 664, 666, 698, 648; MEZGER-BLEI, S. 117; MITTERMAIER, S. 352 Anm. 2; MÜHLMANN-BOMMEL, § 242 Anm. 7; v. OLSHAUSEN, 12. Aufl., § 246 Anm. 7 unter IV; SAERBECK, S. 70; SAUER, System, S. 33; SCHÖNKE, § 242 Anm. VIII 2, IX; Hans SCHRÖDER, S. 11; SCHWARZ-DREHER, Anm. B III 2 vor § 1, § 242 Anm. 4 B; WACHENFELD, S. 375; ZIMMER, S. 11, 142.

69) RGSt 8, 371; 12, 90; 22, 3; 1, 194; 11, 440; 14, 123; 27, 396; 35, 64; 53, 181; 5, 7; 49, 407; 47, 149; aA RG GA 59, 450; auf dem Boden dieser Rechtsprechung verneint das Reichsgericht konsequent die Möglichkeit von Fortsetzungszusammenhang zwischen §§ 242 und 246 wegen Ungleichartigkeit der Ausführungshandlungen (vgl. z.B. RGSt 58, 229/230).

70) BGHSt 3, 194; 5, 379; 17, 90; anders jedoch die Entscheidung BGHSt - GrSen - Bd. 14 S. 43/44, die BGHSt 16, 187 nach sich zog, wo Wahlfeststellung zwischen §§ 242, 246 als zulässig erklärt wurde.

71) Eine ausführliche dogmengeschichtliche Darstellung des Streites um das Verhältnis von Wegnahmehandlung und Zueignung beim Diebstahl findet sich bei RABE, S. 31 ff, der die Bezeichnungen "Trennungs- und Einheitstheorie" verwendet.

Da nun die Erlangung am Tatobjekt der entscheidende Ansatzpunkt der Untersuchungen ist und es keinen Unterschied macht, ob der Gewahrsam durch Vermögensverfügung des Opfers oder durch Gewahrsamsbruch des Täters erlangt wurde, kann die Frage, ob versuchte oder vollendete Zueignung beim Diebstahl vorliegt, als repräsentativ für alle zur Diskussion stehenden Fälle angesehen werden. Die Unsicherheit ⁷¹⁾ des Schrifttums in diesem Punkt veranschaulichen spontane Stellungswechsel, die zum Teil innerhalb kürzester Zeit ohne erkennbaren Anlaß vollzogen wurden. Besonders eindrucksvolle Beispiele geben hier SAUER, HEGLER und BINDING ⁷²⁾. BINDING vertrat beispielsweise zunächst - durch die "feine Bemerkung MERKELS" veranlaßt - die Ansicht, der Diebstahl sei im wesentlichen Konkurrenz von vollendeter Besitzentwendung und versuchter Aneignung. Schon in der nächsten Auflage seiner "Normen" bezog BINDING dann die entgegengesetzte Stellung und meinte, er habe MERKEL "nur nachgesprochen". Die Aneignung könne gar nicht besser vollendet werden als durch die Wegnahme der Sache zwecks Aneignung. Der Diebstahl sei sonst gar kein Eigentumsverbrechen mehr, sondern "lediglich eine durch ein schlechtes Motiv verschärfte Besitzentwendung" ⁷³⁾.

Hand in Hand mit der Kontroverse: "versuchte und vollendete Zueignung beim Diebstahl?" geht der Streit um die deliktische Natur von § 242. Während der Diebstahl überwiegend ⁷⁴⁾ zu den Delikten mit sogenannter "überschießender Innentendenz" gerechnet wird, fassen andere das subjektive Tatbestandsmerkmal der "Zueignungsabsicht" als "sinngabende Absicht" ⁷⁵⁾ nur auf den objektiven Tatbestand bezogen, also gleichbedeutend mit Vorsatz, auf ⁷⁶⁾.

Die Auslegung eines bestimmten Begriffes, der sich an verschiedenen Stellen im Gesetz findet, sollte möglichst einheitlich geschehen. Es erweist sich jedoch, daß der Gesetzgeber beim Gebrauch des Merkmals "Absicht" im Unterschied zum "Vorsatz" manchmal unsicher war ⁷⁷⁾. Diese Unsicherheit kam daher, daß

72) Vollendete Zueignung: SAUER, GA Bd. 63, 289 f; HEGLER, System d. Vermögensdel., S. 280 f; BINDING, Normen, 2. Aufl., S. 1056 Anm. 50; Lhb. S. 255 Anm. 3.

Versuchte Zueignung: SAUER, Syst. d. Strafr. S. 33; HEGLER, ZStW Bd. 36, 31 ff; BINDING, Normen, 1. Aufl. Bd. II, S. 551.

73) Normen, 2. Aufl., S. 1064

74) Vgl. die in Anm. 68 Seite 23 Zitierten; MEZGER in GS Bd. 89/260; HEGLER, ZStW Bd. 36, 31.

75) HEGLER in Festgabe für FRANK, S. 309; System. der Vermögensdel. S. 281 f

76) BINDING, Normen, S. 1065; HIRSCH, JZ 1963, 149 N. 8; unstreitig z. B. bei §§ 225, 210 StGB

77) ZIMMER, S. 11; TREPTOW, S. 29; RGSt 11, 381; 49, 142; 51, 313

noch zur Zeit des Preußischen Allgemeinen Landrechts unter "Absicht" etwas mit dem "Vorsatz" Identisches verstanden wurde: "Wer absichtlich etwas tut oder unterläßt, wodurch jemand gegen die Vorschrift eines Strafgesetzes beleidigt wird, der begeht ein vorsätzliches Verbrechen" (§ 26 PrALR 10, II). Erst in der Folgezeit führte eine sprachliche Verschiebung dazu, die Absicht als strafrechtlich-technischen Begriff eigenständiger Bedeutung zu verwenden. - Diese Entwicklung hatte bei der Schaffung des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund erst annähernd ihr Ende gefunden ⁷⁸⁾. Diese Situation berechtigt aber weder zur Annahme einer Systemlosigkeit in unserem Strafgesetzbuch, noch läßt sie eine schematische Gleichbehandlung in der einen oder der anderen Bedeutung zu ⁷⁹⁾. Entscheidend ist vielmehr der einzelne Tatbestand, bei dem der 'Absicht' nur dann ein mit dem Vorsatz gleichbedeutender Inhalt beigelegt werden kann, wenn besondere Gründe dazu zwingen ⁸⁰⁾.

Bei dem hier untersuchten Diebstahlstatbestand können die besonderen Gründe, die gegen eine überschießende Innentendenz sprechen könnten, sich eventuell aus dem Schutzzweck ⁸¹⁾ von § 242 und der durch die objektive Auslegungstheorie möglich gewordenen Auffassung ergeben, nach der Gleichzeitigkeit von Erlangung des Gewahrsams an einer fremden beweglichen Sache und Manifestation des Zueignungswillens für die Bejahung von Zueignung genügen. Da ferner allein der Zeitpunkt der Gewahrsamserlangung zur Debatte steht, kann das von § 242 nach herrschender Meinung ⁸²⁾ neben dem Eigentum geschützte Rechtsgut des Gewahrsams außer Betracht bleiben. Die Frage nach dem Schutzzwecke des Diebstahlstatbestandes betrifft mit anderen Worten hier an Hand des der Unterschlagung entsprechenden Merkmals der Zueignungsabsicht

78) Zur Wortgeschichte MÜLLER, S. 3-7; 32 ff; zur Entwicklung des strafrechtl.

Begriffes bis zum StGB vom Nordd. Bund KUHLMANN, S. 3-50

79) MEZGER, GS Bd. 89/261; EICHELBAUM, LZ 1916, Sp. 987.

80) RGSt 11, 381, vgl. auch die in Anm. 77 Zitierten.

81) Auf den Schutzzweck stellen ab: BAUMANN, Lhb. S. 315; TREPTOW, S. 45; BGH in NJW 1961, 1173

82) FRANK, § 247 Anm. I; HARBURGER, S. 221; KOHLRAUSCH-LANGE, Vorbem. I vor § 242; MAURACH, BT, S. 176; MEZGER-BLEI, S. 123; SCHÖNKE, § 242 Anm. I; SCHWARZ-DREHER, § 247 Anm. 1 A; WELZEL, S. 294; stets ebenso das RG (RGSt 2, 73 ff; 4, 348; 10, 211; 54, 282; 73, 153) und auch der BGH, vgl. z.B. BGHSt 10, 401; s. auch OLG Hamburg in MDR 1947, 35. nur Eigentum: BINDING, Lhb. S. 294; MERKEL, S. 712; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 242 Rdn. 1

nur Gewahrsam: v. LISZT-SCHMIDT, S. 620

nur das Rechtsgut Eigentum und stellt sich allein nach dem Inhalt, dem Sinn und Zweck dieses Schutzes. Geht es um das Eigentumsrecht, nur um die Sache, an der es besteht, nur um den Wert oder um die Sache und ihren Wert? Die Beantwortung dieser Frage ist wiederum ein Problem der Auslegung eines Tatbestandsmerkmals nach der objektiven Auslegungstheorie.

V. Das Wesen der Zueignung

Der Wortsinn des Tatbestandsmerkmals 'zueignen' deutet auf eine Verwandtschaft mit dem zivilrechtlichen Eigentumsbegriff. Eigentumserwerb im Sinne des bürgerlichen Rechts ist hier natürlich nicht gemeint ("rechtswidrig zueignet"). Das formale Recht bleibt vielmehr grundsätzlich bestehen. Diese Akzessorietät zum Zivilrecht steht bei allen Bemühungen, das Strafrecht seiner Zwecksetzung entsprechend unabhängig vom Zivilrecht zu betrachten und auszulegen, unabänderlich fest⁸³⁾. Der speziell strafrechtliche Eigentumsbegriff des Preußischen Obertribunals ist schon in den ersten einschlägigen Entscheidungen des Reichsgerichts⁸⁴⁾ auf vorbehaltlose Ablehnung gestoßen. Auch die Auffassung ECKSTEINS⁸⁵⁾, mit einer Zueignung im Sinne der §§ 242, 246 erfolge stets ein Eigentumserwerb durch den Täter, dem das Gesetz im Unterschied zum privatrechtlich erworbenen Eigentum nur keinen rechtlichen Schutz erteile, hat keinen Anklang gefunden. Das Eigentumsrecht muß daher - wenigstens als unmittelbares - Angriffsobjekt der Zueignung ausscheiden. Von seinem unveränderten Weiterbestand ergeben sich jedoch Ausnahmen bei Verbindung, Vermischung, Verarbeitung oder Umbildung (§§ 946 ff BGB), wo eine Zueignung im Sinne von § 246 auch mit Eigentumserwerb des Täters verbunden ist. Auch kann durch Betrug oder Erpressung - wenn - gleich nach § 123 BGB anfechtbares - Eigentum erworben werden. Schließlich besteht noch die Möglichkeit, daß das Eigentumsrecht später infolge Ersitzung (§ 937 BGB) durch einen Gutgläubigen an diesen übergeht oder durch Verzehr erlischt.

Es ist mithin festzuhalten, daß durch 'Zueignung' kein Eigentum erworben werden kann. Der unveränderte Fortbestand des Eigentumsrechts erfährt nur in wenigen Fällen Ausnahmen, die jedoch nicht das Wesen der Zueignung ausmachen,

83) BRUNS, Befreiung, S. 292; BAUMANN, Der strafrechtliche Schutz, S. 45; HABERKORN, MDR 1962/704 Anm. 1 mit Nachweisen

84) RGSt 2/188; 3/150; 39/428; 66/406; Nachw. für das Preuß. Obertribunal bei BAUMANN, Der strafrechtliche Schutz, S. 45 Anm. 2

85) GS Bd. 80, 285, 289

sondern im Zivilrecht ihre Ursache haben. Hieraus folgt für den Begriff der Zueignung, daß der Täter nicht das Eigentumsrecht, sondern die auf ihm beruhende Herrschaftsstellung angreift. Diese besteht nach § 903 BGB darin, daß der Eigentümer "mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen" kann. Betrachtet man das Merkmal 'zueignen' unter diesem Gesichtspunkt innerhalb des Tatbestandes der einfachen Unterschlagung, so ergibt sich in Verbindung mit dem Begriff der fremden beweglichen Sache für das materielle Wesen der Zueignung ein außerordentlich weiter Spielraum. Innerhalb dieses durch die "innere Antinomie" ⁸⁶⁾ des Zueignungsbegriffes bedingten Auslegungsspielraumes haben sich nun verschiedene Theorien ⁸⁷⁾ über den materiellen Gehalt der Zueignung gebildet. Die Auseinandersetzung mit diesen Theorien ergibt die Antwort auf die Frage, ob der Zueignungsakt wiederholbar ist oder nicht, auf die Frage nach Versuch und Vollendung der Zueignung beim Diebstahl sowie auf die Frage nach der Deliktsnatur des Diebstahls.

1. Das Wesen der Zueignung nach der sogenannten Substanztheorie

Sowohl die Rechtsprechung ⁸⁸⁾ als auch die Lehre ⁸⁹⁾ bestimmten nach Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuches die Zueignung entsprechend der gesetzessystematischen Einstellung jener Zeit zunächst streng nach dem zivilrechtlichen Eigentumsbegriff. In naturalistischer Betrachtung wurde allein auf die physikalische Sachsubstanz des Handlungsobjektes abgestellt. Da eine echt akzessorische Auslegung des Handlungsmerkmals nun aber nicht möglich ist, half man sich, indem der Zueignung als Manifestation des Sachzueignungswillens in tatsächlicher Hinsicht die Wirkung unterschoben wurde, die zivilrechtlich in der Regel nicht eintreten kann. So gelangte man zu der Annahme eines "Pseudoeigentümerverhältnisses" ⁹⁰⁾, beginnend mit und wirkend nach der Zueignung. Der Täter erwarb sozusagen das Recht, in der Zukunft wie ein Eigentümer mit der Sache

86) MEZGER-BLEI, BT, S. 120

87) Überblick bei JAGUSCH, LK, Bem. I ff vor § 242; KREBS, S. 13 ff; LUTHER, S. 7 ff; Hermann BRUNS, S. 1 ff, 24 ff; SAERBECK, S. 7 ff

88) GRAF GLEISPACH, S. 33 ff ausführlich zur Rspr. des RG bis 1905

89) BINDING, Lhb. S. 267/268

90) NAGLER, LK 6. /7. Aufl., § 242 Anm. III 1; RGSt 40, 11; DREHER, Niederschriften, Bd. 6 S. 57; "Scheineigentümerstellung"; SCHNEIDER, W., MDR 1956, 337 Anm. 10; "Schaffen eines eigentümerähnlichen Zustandes"; WESSELS, NJW 1965, 1153

zu verfahren, ohne mit dem Strafgesetz in weiteren Konflikt zu geraten. Diese Ansicht findet sich in der Lehre unter der Bezeichnung "Substanztheorie", da hier dem zivilrechtlichen Blickwinkel entsprechend eine Zueignung der Substanz der Sache für entscheidend gehalten wird. Es kann genügen, für alle dementsprechenden Definitionen die der Absicht "se ut dominum gerere" ⁹¹⁾, der "Anmaßung eines tatsächlichen, der Eigentümerstellung gleichen Machtverhältnisses an der fremden Sache" ⁹²⁾ und der "Herstellung eines faktischen Verhältnisses" zur Sache, "welchem es nur an der rechtlichen Sanktion mangelt, um Eigentümerverhältnis zu sein" ⁹³⁾ als die charakteristischsten anzuführen.

Schon BINDING ⁹⁴⁾ als einer der namhaftesten Vertreter der Substanztheorie hat darauf hingewiesen, daß die Begründung der Scheineigentümerstellung durch den Besitzer "nicht durch rein innerliche Willensbestimmung" vollziehbar sei, sondern stets eine Zueignungshandlung verlangt werden müsse. Unter Hinweis auf die begriffliche Logik des Zueignungsbegriffes zerlegte BINDING die Zueignungshandlung in

- a) ein negatives Element, die Enteignung des Eigentümers im Sinne eines geplanten dauernden Ausschlusses desselben von der Herrschaft über die Sachsubstanz und in
- b) ein positives Element, die Aneignung der Sache selbst.

Unter der Aneignung verstand BINDING die Herstellung eines tatsächlichen Verhältnisses, das, zivilrechtlich nicht sanktioniert, diesem analog zu betrachten und zu behandeln sei ⁹⁵⁾.

BINDING unterschied dann zwei Formen der Zueignung:

- a) eine "vollständige", bei der sie sich als Aneignung durch Enteignung darstellt und
- b) eine "minder vollständige", bei der der Eigentümer "sozusagen schon enteignet" ist, weil er die Herrschaft über die Sache bereits durch seinen Willen, durch einen Dritten oder durch Zufall eingebüßt hat. BINDING ist der Ansicht, daß der Eigentümer in diesen Fällen nicht erst enteignet zu werden brauche.

91) KOHLRAUSCH-LANGE, § 242 Anm. III 2 b

92) NAGLER, LK, 6./7. Aufl., Bem. III 1 vor § 242

93) BINDING, Normen, S.1036/1037; vgl. SAERBECK, S.25

94) Lhb. S.269 Anm. 1; vgl. auch die oben in Anm. 66 S.22 Zitierten

95) Lhb. S.264 ff (268)

Der Täter gebe vielmehr "der Machtlosigkeit des Eigentümers nur eine neue causa" 96).

Eine "vollständige" Zueignung im Sinne BINDINGS wäre beispielsweise der Diebstahl einer Sache bei deren Eigentümer: Der Gewahrsamsbruch entzieht hier die Sache der Herrschaft des Eigentümers (Enteignung). Die Gewahrsamsbegründung ist die Einverleibung der Sache in das Vermögen des Täters (Aneignung). Hat der Eigentümer die Sache jedoch an einen Dritten verliehen ('Enteignung') und wird sie diesem gestohlen, so wäre eine "minder vollständige" Zueignung im Sinne BINDINGS anzunehmen: War zuerst der Grund der Machtlosigkeit des Eigentümers das Leihverhältnis, ist es jetzt die Tatsache, daß der Täter die verliehene Sache gestohlen hat. Der Eigentümer hat sich schon durch die (leihweise) Weggabe der Sache 'enteignet', so daß dieser Erfolg mit dem Diebstahl nicht neu bewirkt werden kann.

Obwohl nun BINDING selbst sagt, die Enteignung müsse "notwendigerweise als dauernde gewollt" sein 97), verdeutlicht er bei seinen Ausführungen nicht, daß auch in den Fällen, in denen der Eigentümer den Gewahrsam an der Sache schon verloren hat, die Aneignung mit einer Enteignung korrespondieren muß, da der Täter selbst den Eigentümer dauernd von der Sachherrschaft ausschließen wollen und dies zu erkennen geben muß. Über diesen geplanten dauernden Ausschluß entscheidet allein der Täter und nicht ein bis dahin vorliegender Herrschaftsaus-schluß des Eigentümers, der auch nur als ein augenblicklicher oder befristeter gewollt sein kann. Auch bei der "minder vollständigen" Zueignung fallen deshalb Enteignung und Aneignung durch den Täter zusammen. Der Unterschied zur Enteignung der "vollständigen Zueignung" liegt hier nur darin, daß der Ausschluß des Eigentümers von der Sachherrschaft sich nicht auch äußerlich in Form eines Gewahrsamswechsels vom Eigentümer zum Täter manifestiert, sondern in den subjektiven Bereich verlagert ist. Vollzogen wird die Enteignung mit der Manifestation des Aneignungswillens, da beide aus logischen Gründen gekoppelt sind. Diese Manifestation des Aneignungswillens ist die 'eigentliche Zueignung', wie BINDING 98) die Aneignung auch bezeichnet.

Die Zueignung kann allein in dem hier dargelegten Sinne als Ent- und Aneignung verstanden werden, weil 'zueignen' objektiv nur im Tatbestand der Un-

96) Lhb. S. 270/271; die Ausdeutung der 'Ent- und Aneignung' BINDINGS hat in der Lehre zu unterschiedlichen Definitionen geführt (vgl. WESSELS, NJW 1965, 1153 mit zahlreichen Zitaten).

97) Lhb. S. 268

98) Lhb. S. 267 ("Die Zu- oder Aneignung")

terschlagung zu finden ist und dort gerade nicht gefordert wird, daß ein Wechsel des Gewahrsams stattfindet. Nur mit diesem Vorbehalt kann die von BINDING vorgenommene Aufteilung der Zueignung übernommen werden. BINDING mußte deshalb zu einer "vollständigen" und einer "minder vollständigen" Zueignung und damit zu zwei verschiedenen Zueignungsbegriffen gelangen, weil er die Zueignung aus den gewahrsamsverschiebenden Tatbeständen des Diebstahls und Betruges heraus an Hand der Wegnahme und der Vermögensverfügung bestimmte, anstatt allein vom Tatbestand der einfachen Unterschlagung auszugehen. Was bei BINDING als "vollständige" Zueignung bezeichnet wird, ist nur eine intensivere Betätigung des enteignenden Aneignungswillens: Der Täter begründet in jenen Fällen nicht nur Eigenbesitz, sondern es vollzieht sich der damit verbundene Ausschluß des Eigentümers von der Sachherrschaft auch noch in Form eines räumlichen Wechsels der Sache von einem Gewahrsamsbereich in den anderen.

Weil der nach § 246 strafbare Täter einen enteignenden Aneignungswillen manifestieren muß, ist dieser Wille letztlich auch das entscheidende Kriterium für die Annahme einer Zueignung. Diese Behauptung läßt sich durch einige einfache Überlegungen untermauern:

Tötet jemand einen Menschen, so erfüllt sein Tun mit Sicherheit den objektiven Tatbestand von § 212 StGB. Für diese Feststellung ist kein Wissen um den Willen des Tötenden notwendig. Verpfändet jemand dagegen eine fremde bewegliche Sache, so kann nicht ohne weiteres behauptet werden, der objektive Tatbestand der Unterschlagung sei erfüllt, es liege eine Zueignung vor. Als nur äußerlich wahrgenommener Akt des Handelnden kann die Verpfändung ebenso wie eine Zueignung auch Betrug oder gar strafloser *furtum usus* sein. Erst wenn bekannt ist, was der Verpfändende mit seinem Tun wollte, kann das Vorliegen von Zueignung bejaht oder abgelehnt werden. Dasselbe beansprucht beispielsweise auch für die Sicherungsübereignung Geltung⁹⁹⁾, die in ihrem wirtschaftlichen Ergebnis der Verpfändung gleichkommt. Bezeichnend sind in diesem Zusammenhang auch die Ausführungen des Bundesgerichtshofes in BGHSt 1, 264:

"In der rechtlich unwirksamen Sicherungsübereignung kann jeweils eine solche Zueignung liegen ... doch kommt es auf die Vorstellung des Angeklagten an."

Das zur Verpfändung und Sicherungsübereignung Gesagte gilt auch für alle anderen möglichen Manifestationsakte. Das zeigt unter anderem die Betrachtung der intensivsten Form einer möglichen Zueignung im Sinne von § 246: (gleichzeitiger) Eigentumserwerb durch Verbindung, Vermischung, Verarbeitung oder Umbildung (§§ 946 ff BGB). Auch in diesen Fällen ist nämlich der Schluß auf eine Zueignung

99) RUDOLPHI, S. 39 u. 43 f

im strafrechtlichen Sinn nicht zwingend ¹⁰⁰⁾, da es trotz des Erwerbes des Eigentums am Tatobjekt am Willen des Täters fehlen kann, sich die Sache zuzueignen. Weil das Merkmal 'zueignen' in § 246 aber materiell aufgefaßt werden muß, liegt bei mangelndem Zueignungswillen selbst bei Eigentumserwerb keine Zueignung im Sinne § 246 vor. Der formale Erwerb des Eigentums allein kann demnach vor der Prüfung des Täterwillens nicht die Annahme einer Zueignung im Sinne des Tatbestandes der einfachen Unterschlagung rechtfertigen ¹⁰¹⁾. Daß Umstände, die zur Zeit eines möglichen Manifestationsaktes objektiv vorliegen (wie beispielsweise die fehlende Ersatzmöglichkeit bei unbefugter Verwendung fremden Geldes) beim Beweis des Zueignungswillens des Täters eine entscheidende Rolle spielen, steht auf einem anderen Blatt. Auch wenn objektiven Umständen für die Annahme einer Zueignung große Bedeutung beigelegt wird, bleibt letztlich Bedingung, daß der Täter wirklich mit dem Willen handelte, den Eigentümer dauernd von der Sachherrschaft auszuschließen.

Im Schrifttum wird die Bedeutung des Täterwillens für die Zueignung dadurch ausdrücklich hervorgehoben, daß ihm bei der Abgrenzung zum (straflosen) *furtum usus* (und zur Sachbeschädigung) entscheidendes Gewicht beigemessen wird ¹⁰²⁾. So spricht in diesem Zusammenhang beispielsweise SCHAFFSTEIN (GA 1964, 103) von dem "Willen der Enteignung", der im Gegensatz zum *furtum usus* als zusätzliches Moment darauf gerichtet sein muß, den Ausschluß des Eigentümers zu einem dauernden zu gestalten. Am deutlichsten findet das zur Abhängigkeit der Zueignung vom Willensmoment Gesagte bei BOCKELMANN ¹⁰³⁾ Bestätigung, wenn dieser feststellt: "Eine ausschließlich nach objektiven Merkmalen bestimmte Zueignung, zu der der Zueignungsvorsatz nur das subjektive Spiegelbild wäre, ist nicht denkbar."

Die Tatsache, daß die Zueignung eine untrennbare Einheit des subjektiven Zweckmomentes ¹⁰⁴⁾ und der objektiven Erkennbarkeit dieses Zweckmomentes durch dessen Manifestation ist, verstößt auch nicht etwa gegen das Prinzip "*nemo cogitationis poenam patitur*", da die Zueignung nur in einer Kundgabe des Zueignungswillens durch entsprechende Betätigung gesehen wird. Die Betätigung allein - ohne den ihr zugrunde liegenden Willen - kann allerdings

100) BOCKELMANN, JZ 1960, 622 Anm. 6; RUDOLPHI, S. 38

101) RUDOLPHI, S. 38

102) So bei JAGUSCH, LK, Bern. D V 2 a cc vor § 242 (mit Zitaten); RUDOLPHI, S. 39, 43; SCHRÖDER in JR 1964, 229; SCHAFFSTEIN in GA 1964, 101, 103; WESSELS in NJW 1965, 1153, 1154, 1157

103) JZ 1960, 622 Anm. 6

104) Bezeichnung von DILL, S. 12

nie eindeutig Zueignung sein ¹⁰⁵⁾, da ihr lediglich eine indizielle ¹⁰⁶⁾ Bedeutung zukommt. Erst das Wissen um den Willen des Handelnden bringt Gewißheit. Es ist aus diesem Grunde auch nicht möglich, daß nur eine Zueignungshandlung, aber kein Zueignungsvorsatz vorliegt ¹⁰⁷⁾. Wo kein Zueignungswille ist, kann auch keine Zueignung sein. Das beweist auch die Tatsache, daß eine fahrlässige Zueignung zwar "philosophisch denkbar, aber nach positivem Gesetz unmöglich" ist ¹⁰⁸⁾.

Die Rüge SAERBECKs (S. 46), es sei nicht richtig, den Unterschied der Zueignung zu anderen Handlungen "lediglich in subjektiven Momenten liegen zu sehen", kann nicht überzeugen. SAERBECK stellt selbst in einem Atemzug auf den Zweck der Zueignung ab. Das Zweckmoment ist jedoch an Hand der objektiven Umstände allein, ohne Hinzuziehung subjektiver Kriterien, nicht eindeutig feststellbar. -

Die Unlösbarkeit des Manifestationsaktes vom subjektiven Bild, die Wertung der Zueignung als zweiteiligen Begriff, findet schon bei FEUERBACH eine Stütze. Er definiert die Zueignung: sie habe

"nothwendig zwey Bestandteile, I) den Willen , die fremde Sache (der Substanz nach) als Eigenthum zu haben (animus rem sibi habendi) ...

Außerdem II) eine körperliche Handlung (factum), wodurch die zuzueignende Sache der Willkür physisch unterworfen ... wird." ¹⁰⁹⁾

Besonders ist das Wesen der Zueignung, wie es ihre Natur als Tatbestandsmerkmal prägt, im Strafgesetzbuch für das Großherzogtum Baden von 1845 berücksichtigt worden, wo in den §§ 401 und 402 im objektiven Tatbestand regelrecht "Vermuthungen ... der absichtlichen, die Unterschlagung bedingenden Zueignung" aufgestellt wurden. - Auch bei der Schaffung des Strafgesetzbuches von 1871 war sich der Gesetzgeber der ausschlaggebenden Bedeutung des subjektiven Momentes der Zueignung bewußt. Das beweisen die Darlegungen in den Motiven ¹¹⁰⁾ zum Verzicht auf die Exemplifikationen des Unterschlagungstatbestandes des Preußischen Strafgesetzbuches von 1851 (§ 225 PrStGB): Es sei bezüglich einzelner derselben

105) BOCKELMANN, JZ 1960, 622 Anm. 6

106) MAURACH, BT, S. 230, spricht von "indizieller Publizität".

107) Das scheint BAUMANN, Der strafrechtliche Schutz, S. 196 anzunehmen.

108) v. FEUERBACH, § 320 S. 266

109) v. FEUERBACH, § 316 S. 262

110) Amtl. Motive, abgedr. bei Höinghaus, S. 172; vgl. auch HRR 1940 Nr. 711; Unterschlagung von Geld zum Kassenausgleich nur, wenn Deckungs- und nicht Verdeckungswille.

"mit Recht der Zweifel angeregt worden, ob sie in der Tat unter allen Umständen als eine Unterschlagungshandlung angesehen werden können. Insbesondere gilt das von der Verpfändung, welche, je nach der Willensrichtung des Verpfänders, als Unterschlagung, aber auch nur als unerlaubter Gebrauch einer fremden Sache sich darstellen kann".

In demselben Sinne folgen dann Ausführungen zu den übrigen Beispielen des § 225 PrStGB.

Es ist bisher festgestellt worden, daß die Zueignung letztlich, obwohl objektives Tatbestandsmerkmal, von dem Grund des Handelns des Täters (dem Zweckmoment) abhängig ist, so daß ohne entsprechenden Vorsatz¹¹¹⁾ von einer Zueignung nicht gesprochen werden kann. Erblickt man das Wesen der Zueignung nun mit der Substanztheorie in der Herstellung einer Scheineigentümerstellung unter geplantem dauernden Ausschluß des Berechtigten von der Herrschaft über die Sachsubstanz, so erhellt auch, daß eine Wiederholung des Zueignungsaktes nicht im lediglich indiziellen Bereich der Manifestation, sondern erst im subjektiven Bereich, am Vorsatz, scheitern kann.

Der Zueignungswille muß nach der Substanztheorie darauf gerichtet sein, unter Ausschluß des Berechtigten Eigenbesitz zu begründen. Es ist begrifflich nicht wiederholbar und damit auch nicht erneut zu betätigen. Auch ein Eigentümer kann eine Sache, die er einmal durch Diebstahl oder Betrug aus seinem Gewahrsam verloren hat, nicht erneut daraus verlieren (es sei denn, sie ist inzwischen wieder in seinen Herrschaftsbereich zurückgekehrt). Die Enteignung durch die Manifestation des Zueignungswillens bei aufgegebenem oder verlorenem Gewahrsam des Berechtigten kann erst dann wiederholt werden, wenn der Täter den bereits begründeten Eigenbesitz wieder in Fremdbesitz umgewandelt hat. Hier ist dann wieder Raum für das Fassen und Betätigen eines Zueignungswillens im Sinne der Substanztheorie, für die Herstellung der Scheineigentümerstellung unter Ausschluß des Berechtigten. KÖHLER¹¹²⁾ geht allerdings zu weit, wenn er ohne Begründung behauptet, "daß man eine Sache sich nicht nochmals zueignen kann, die man sich bereits zugeeignet hat, es sei denn, daß sie inzwischen zum Eigentümer zurückgekehrt ist." Eine Rückkehr in den Gewahrsam

111) Vgl. in diesem Zusammenhang auch SCHAFFSTEIN, GA 1964/104: Aufgrund des für eine Zueignung erforderlichen Willens, den Eigentümer dauernd von der Sachherrschaft auszuschließen, sieht SCHAFFSTEIN beim Diebstahl für die Enteignung einfachen Vorsatz als genügend an, während er bezüglich der Aneignung Aneignungsabsicht im Sinne überschießender Innentendenz fordert.

112) in JW 1924, 1435

des Eigentümers ist nicht erforderlich. Es genügt, wenn der einmal begründete Eigenbesitz (wieder) in Fremdbesitz umgewandelt worden ist, da sich auch in der Umwandlung von Fremdbesitz in Eigenbesitz - und nicht nur in einem Gewahrsamswechsel - Zueignung manifestieren kann.

Die Nichtwiederholbarkeit des Zueignungsvorsatzes aus begriffslogischen Gründen ist der Grund für Behauptungen im Schrifttum, eine Unterschlagung komme nach vollendetem Besitzbetrug "nicht einmal als straflose Nachtat in Frage"¹¹³⁾ oder: es "würde eine erneute Zueignung in's Leere treffen"¹¹⁴⁾ oder es könnten "sicher ... an derselben Sache formell mehrere Zueignungsakte vorgenommen werden"¹¹⁵⁾, wie überhaupt für die immer wieder auftauchende Formulierung, es erscheine "doch bereits begrifflich unmöglich, daß eine Sache, die sich bereits im eigenen Vermögen befindet, diesem nochmals zugeführt werden kann"¹¹⁶⁾ oder "für eine nochmalige Aneignung desselben Gegenstandes bleibt begrifflich kein Raum"¹¹⁷⁾. Treffender ist schon die von KREBS¹¹⁸⁾ vertretene Auffassung, eine Zueignung sei "begrifflich nur nach vorangegangener Unterbrechung denkbar", wenn KREBS auch übersieht, daß sich die Zueignung nicht durch einen rein inneren Entschluß, sondern mit der Durchführung dieses Entschlusses, mit der Betätigung des Zueignungsvorsatzes, vollzieht.

Neuerdings hat METZ¹¹⁹⁾ im Zusammenhang mit der Substanztheorie die Auffassung vertreten, die Zueignung sei ein wiederholbarer Akt. Er begründet das damit, "daß diese, weil sich lediglich die Betätigung des Zueignungswillens als "Zueignung" (= Zueignungsakt, Zueignungshandlung) im Sinne des Unterschlagungstatbestandes darstellt, auch in jeder weiteren Betätigung eines schon vorher verwirklichten Zueignungswillens liegen kann. Wenn auf die äußere Erkennbarkeit (Betätigung, Manifestation) des Zueignungswillens nicht verzichtet werden soll, so kommt es nicht darauf an, in welcher jeweiligen Betätigung man die Zueignungshandlung im Einzelfall sieht. Alle Willensbetätigungen, soweit sie Ausfluß des Zueignungswillens sind, stellen sich als Zueignungshandlungen dar und können

113) WIMMER, NJW 1947, 1948 S.243

114) HARLANDT, S.48

115) GEERDS, S.205 Anm. 327

116) FELDHAUS, Diss. S.21; vgl. ferner alle unten S. 72 Anm. 71 Angeführten und HONIG, S.90; HÖPFNER, S.123

117) GELBERT, Diss. S.14; auch OPPENHOFF, § 246 Anm. 30

118) S. 78; Zueignung = durch inneren Entschluß vollziehbar; S.32

119) S. 61 ff; vgl. auch unten S. 42 ff. ds. Arb.; ähnlich RUTKOWSKY, NJW 1954, 180

nicht anders gesehen werden" (S. 63). Die Begriffslogik betrifft nach METZ "den Zueignungswillen , der nicht erneut gefaßt werden kann, ohne vorher aufgegeben worden zu sein; dagegen ist es logisch wohl möglich, daß die - in Verbindung mit dem Zueignungswillen allein strafbare - Willensbetätigung immer erneut ausgeführt werden kann" (S. 64).

Indem METZ die Betonung auf die Betätigung des Zueignungswillens legt, läßt er außer acht, daß sich diese Betätigung - um auch wirklich Betätigung eines Zueignungswillens sein zu können - als eine solche im Sinne der Substanztheorie darstellen muß. Hat sich der Täter hier jedoch die Sache schon zugeeignet, so hat er bereits ein "Pseudoeigentümerverhältnis" begründet. Ist dies aber einmal geschehen, so kann der Täter nicht nur keinen Zueignungswillen mehr fassen, sondern er kann mangels des Willens, Eigenbesitz zu begründen, einen solchen Willen später auch nicht mehr manifestieren. Das Wesen der Zueignung, wie es sich nach der Substanztheorie darstellt, verhindert also - entgegen METZ - nicht nur das erneute Fassen des Zueignungswillens, sondern auch seine wiederholte Betätigung. Was sich hier objektiv als mögliche Betätigung eines Zueignungswillens darstellt, scheitert im subjektiven Bereich am fehlenden Willen des Täters, ein "Pseudoeigentümerverhältnis" zu begründen, da er es schon hergestellt hat.

FELDDHAUS ¹²⁰⁾ räumt ein, daß "vielleicht eine Ausnahme" von der begrifflichen Unmöglichkeit der Wiederholbarkeit der Zueignung "gelten mag, ... wenn jemand, der zur Zeit der Zueignung gutgläubig war, weil er etwa die Sache für derelinquiert oder als für sich bestimmt ansah, diese nach Erkennung seines Irrtums trotzdem rechtswidrigerweise für sich behält." METZ irrt jedoch, wenn er hierin einen Beweis für seine Auffassung ablesen zu können glaubt. Die Rechtswidrigkeit der Begründung des Eigenbesitzes ist hier als Tatbestandsmerkmal ¹²¹⁾ vom Vorsatz mitumfaßt. Es liegt überhaupt keine Zueignung im strafrechtlichen Sinne vor, wenn der Handelnde guten Glaubens war, da er auf Grund seines Irrtums gar keine Scheineigentümerstellung herstellen wollte, so daß nach dem Erkennen der wahren Sachlage Raum für die Zueignung der fremden beweglichen Sache ist. FELDDHAUS hat deshalb durchaus recht, wenn er ausführt, dann sei die erste 'Zueignung' mit einem Willensmangel behaftet und falle "nach Aufdeckung der wahren Sachlage in sich zusammen. Die Zugehörigkeit

120) Diss. S. 23; a. A. OPPENHOFF, § 246 Anm. 30

121) KOHLRAUSCH-LANGE, § 246 Anm. V; SCHÖNKE-SCHRÖDER differenzierend § 246 Rdn. 18; SCHWARZ-DREHER, § 246 Anm. 5; BGH JR 1962, 346 f; a. A. MAURACH, BT, S. 232 (allgem. Verbrechensmerkmal); wie hier: Aml. Motive, HÖINGHAUS, S. 173

der Sache zum eigenen Vermögen des Täters hört auf. Für eine 'erneute' Zueignung ist wieder Platz." (S.23)

Hiermit wird auch gleichzeitig der Ansicht BOCKELMANNs (JZ 1960, 624) insofern entgegengetreten, als er ausführt, der Aneignungsakt werde "dann wiederholt, wenn der Täter, der eine fremde Sache sich gutgläubig zugeeignet hat, nach Aufklärung über seinen Irrtum die Sache gleichwohl zu behalten beschließt und diesen Willen manifestiert". Hierin liegt keinesfalls ein "dringendes kriminalpolitisches Bedürfnis" für eine Anerkennung der Wiederholbarkeit der Zueignung, weil aufgrund des Willensmangels bei der Erlangung der Sache beziehungsweise der 'Manifestation' keine Zueignung vorliegen kann. Daß BOCKELMANNs Argumentation in diesem Punkt nicht ganz stichhaltig ist, beweist er selbst, wenn er Zueignung auch bei Gutgläubigkeit bejaht und dann in unmittelbarem Anschluß fortfährt, der Täter begehe freilich "mangels Vorsatz keine Unterschlagung" (S. 624), - womit BOCKELMANN sich wiederum in Übereinstimmung mit seiner eigenen Auffassung befindet, daß "Verhaltensweisen ... sich ... nur dann als Zueignungshandlungen beurteilen" lassen, wenn man ihnen auch "die subjektive Tendenz, die der Täter mit ihnen verfolgt", zugrunde legt (S.622).

Als Ergebnis der Darlegungen zum Wesen der Zueignung nach der Substanztheorie und zur Logik des Begriffes ist festzustellen, daß die Wiederholbarkeit der Zueignung im subjektiven Bereich des Tatbestandes der einfachen Unterschlagung am Vorsatz scheitert. Anders verhält es sich dann, wenn der durch Betätigung des entsprechenden Willens vorher begründete Eigenbesitz wieder in Fremdbesitz umgewandelt wurde. Im objektiven Tatbestand von § 246 wird lediglich festgestellt: es ist möglich, daß Zueignung vorliegt. Letzte Gewißheit kann, auch bei sonst noch so belastenden Tatumständen, erst das Wissen um den Täterwillen bringen.

Die Abhängigkeit der Zueignung (im Sinne der Substanztheorie) vom Willensmoment sollte auch von jener Mindermeinung ¹²²⁾ stärker beachtet werden, die Teilnahme grundsätzlich auch bei vorsatzlosem Handeln des Vordermannes für möglich hält. Soll hier etwa Beihilfe zu einer Unterschlagung angenommen werden können, obwohl der Vordermann sich die Sache bereits Tage vorher durch Begründung von Eigenbesitz zugeeignet hat? Hier würde die Beihilfe zu einem hohlen 'Manifestationsakt', zu gar keiner Tat oder zum *furtum usus* für strafbar erklärt werden.

122) Vor allem SCHÖNKE-SCHRÖDER, Rdn. 61 vor § 47

2. Das Wesen der Zueignung nach der sogenannten Sachwerttheorie und die Wiederholbarkeit der Zueignung

Die Mängel der Substanztheorie ("hier ist zwar genau gesagt, was fehlt, aber nicht, was vorhanden sein muß" ¹²⁴⁾), traten vor allem bei der Abgrenzung der Zueignung zum *furtum usus* in Verbindung mit den Inhaberzeichen und den Legitimationspapieren zutage: Die Forderung, der Eigentümer müsse von der Sachherrschaft nach dem Willen des Täters dauernd ausgeschlossen werden, grenzt zwar brauchbar zum straflosen *furtum usus* ab, schließt aber die Legitimationspapiere mangels entsprechenden Vorsatzes als Objekte der Zueignung aus. Ein Verzicht auf den beabsichtigten dauernden Ausschluß des Berechtigten von der Sachsubstanz würde aber wieder die Grenzen zum straflosen *furtum usus* einreißen. Auf Grund der mit diesen Lücken verbundenen kriminalpolitischen Erwägungen vollzog sich deshalb bald ein Wandel in der Auffassung des Wesens der Zueignung.

Vorübergehend vertrat ein Teil der Lehre das andere Extrem einer reinen Werttheorie ¹²⁵⁾, was dogmatisch eine Auflösung der Eigentumsdelikte in allgemeine Bereicherungstatbestände bedeutet hätte. Die auch hier auftauchenden Schwierigkeiten - zum Beispiel bei Sachen mit reinem Affektionswert oder bei gleichzeitigem Wertersatz durch den Täter - sorgten doch bald für eine Orientierung am Begriff der fremden beweglichen Sache, die zugleich Bestandteil des Vermögens ist. Nun wurde sowohl die Substanz der Sache als auch der in ihr verkörperte wirtschaftliche Wert als Gegenstand der Zueignung angesehen ¹²⁶⁾. So erklärte das Reichsgericht schon in RGSt 40, 10 (11), daß in der Hauptsache wirtschaftliche Gesichtspunkte ins Auge zu fassen seien. Spätestens mit RGSt 61, 228 ff muß auch in der Rechtsprechung die sogenannte Sachwerttheorie oder "Vereinigungstheorie" als herrschende angesehen werden ¹²⁷⁾.

124) SAUER in GA Bd. 63, 286

125) BOERR, S. 123 ff; HÄLSCHNER, Strafrecht, S. 203; Nachw. weiter bei Hermann BRUNS, S. 34 ff

126) Zu diesem Gesichtspunkt in der Rechtsprechung: MEZGER-BLEI, BT, S. 121/122; SAUER, System des Strafrechts, S. 33 ff; SCHAFFSTEIN, GS 103, 302 ff

127) In der Literatur: BAUMANN, Der strafr. Schutz, S. 46; BOCKELMANN, ZStW 65, 574 ff; DREHER-MASSSEN, § 242 Anm. 5b; Graf GLEISPACH, S. 17; KOHLRAUSCH-LANGE, § 242 Anm. III 2 b; FRANK, § 242 Anm. VII 2 a; MEZGER-BLEI, BT, S. 122; SAUER, GA Bd. 63, 283; SCHAFFSTEIN, GS Bd. 103, 292 ff und in GA 1964, 101; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 242 Rdn. 43; SCHWARZ-DREHER, § 242 Anm. 3 A; vgl. auch GRIBBOHM, JuS 1963,

Wie schon in der Bezeichnung "Vereinigungstheorie" zum Ausdruck kommt, hat die Zueignung dieser Theorie zufolge zwei Gesichter: ihr Wesen ist sowohl Verschiebung der Sache selbst als auch (nur) Verschiebung des Wertes oder eines Teiles des Wertes der Sache von einem Vermögen ins andere. Der Wert der Sache und ihre Substanz werden kombiniert nebeneinander unter Anerkennung einer Doppelseitigkeit des Zueignungsbegriffes bei Verzicht auf eine einheitliche Wesensbestimmung verwendet ¹²⁸⁾. Es handelt sich hier um eine sich wechselseitig ergänzende Betrachtungsweise der Substanz- und der (Sach)Werttheorie, die beide so verzahnt, daß gleichwertige Akzente gesetzt werden müssen. Es führt deshalb zu zumindest unvollständigen Ergebnissen, wenn im Schrifttum bisweilen trotz Auffassung des Wesens der Zueignung im Sinne der Sachwerttheorie die Betonung nur auf die Substanz der Sache gelegt wird. So begründet zum Beispiel FELDHAUS (S. 21) die begriffliche Unmöglichkeit wiederholter Zueignung mit der Substanztheorie, obwohl er das Wesen der Zueignung darin sieht, "daß der Täter die Sache selbst oder doch den in ihr verkörperten Sachwert durch eine nach außen erkennbare Handlung dem eigenen Vermögen einverleibt". Eine ähnliche Ungenauigkeit unterläuft HABERKORN ¹²⁹⁾, der sich einerseits der Sachwerttheorie anschließt, andererseits nur die Manifestation der Begründung eines Pseudoeigentümerverhältnisses ... als Zueignung bezeichnet.

Eine besondere Gefahr birgt die unveränderte Übernahme der an das Zivilrecht angelehnten Aufteilung der Zueignung in eine Ent- und Aneignung. Der Wert der Sache als ebenfalls anerkanntes Objekt der Zueignung wird hierbei zugunsten der physikalischen Substanz übergangen. So entsteht der Eindruck, die Aneignung sei auch bei der Sachwerttheorie nur als geplanter dauernder Ausschluß des Berechtigten von der Substanz der Sache, die Aneignung nur als Begründung einer Scheineigentümerstellung zu verstehen. Gerade in diesen Punkten aber weicht die Vereinigungstheorie entscheidend ab; sie lehnt sich nicht nur an das formale, recht-

Fortsetzung der Fußnote 127) von Seite 38:

106 mit Zit. HABERKORN, MDR 1962, 704 mit Zit. (einschränkend in neuerer Zeit: RUDOLPHI, S. 39, 55; SCHRÖDER, JR 1965, 27 f; WESSELS, NJW 1965, S. 1156

In der Rechtsprechung: RGSt 61, 233; 67, 335; BGHSt 1, 264; BGHSt 4, 238; 15, 56 - gegen die Einbeziehung des Sachwertes früher vor allem BINDING, Normen, S. 1037 Anm. 5; jetzt wieder MAURACH, BT, S. 201

128) MAURACH, BT, S. 199; KOHLRAUSCH-LANGE, § 242 Anm. III 2 b; SAUER, System d. Strafrechts, S. 35; SCHAFFSTEIN, GS 103, 307; FREUND, S. 33

129) MDR 1962, 706; zu allgemein: GRIBBOHM, JuS 1963, 106

liche Moment an, sondern betont auch das materielle, wirtschaftliche Moment, den Inhalt der Form. Es wird nicht mehr allein darauf abgestellt, wie die Eigentumsverhältnisse im Falle zivilrechtlicher Sanktionierung wären, sondern es wird auch der wirtschaftliche Zweck ins Auge gefaßt, der Ausfluß der Scheineigentümerstellung, die Wertzuführung. Das Wesen der Zueignung wird demnach nicht allein aus dem regelmäßig zwecklosen Angriff auf die Eigentumsordnung, sondern auch mit dem wirtschaftlichen Nutzeffekt erfaßt. "Unter der Absicht rechtswidriger Zueignung muß danach die Absicht verstanden werden, eine bewegliche Sache wirtschaftlich in ein dem Inhalte dieser rechtlichen Beziehungen entsprechendes Verhältnis zu bringen, d.h. ihrem Sach(Substanz)-werte nach dem eigenen Vermögen tatsächlich zuzuführen" (RGSt 40, 12).

Aus der mit der Vereinigungstheorie vorgenommenen doppelten Inhaltsbestimmung der Zueignung folgt, daß die Begriffe der Enteignung und Aneignung nicht weiter allein im Sinne der Substanztheorie verwendet werden können, sondern einer Übertragung auf die wirtschaftliche Seite der Zueignung bedürfen. Die Manifestation des Willens, den Berechtigten vom Wert der Sache durch Aneignung dieses Wertes dauernd auszuschließen, ist nun ebenso Zueignung, wie die Manifestation des Willens, sich unter dauerndem Ausschluß des Eigentümers von der Sachsubstanz diese selbst anzueignen. Für die negative und positive Seite der Zueignung, die Enteignung und Aneignung, bedeutet das:

- a) Enteignung ist nicht mehr allein der (geplante) dauernde Ausschluß des Eigentümers von der Sachherrschaft, sondern auch der (geplante) Ausschluß des Berechtigten von dem Wert der Sache.
- b) Aneignung ist nun nicht mehr allein die Begründung einer Scheineigentümerstellung an der Sachsubstanz, sondern auch die Gewinnung des Sachwertes ¹³⁰⁾.

Der Täter kann nun den Berechtigten nicht dauernd von der Herrschaft über die Substanz der Sache ausschließen wollen, ohne daß der gesamte in ihr verkörperte Wert nicht auch davon betroffen wäre ¹³¹⁾. Andererseits kann aber der Berechtigte, da der wirtschaftliche Wert seiner Sache von deren Substanz trennbar ist, durch den Täter dauernd nur von dem Wert der Sache ausgeschlossen werden, ohne daß in bezug auf die Sachsubstanz dasselbe bewirkt werden soll. Darüber hinaus ist es infolge der Spaltbarkeit wirtschaftlicher Werte in beliebige Größen nicht unbedingt notwendig, daß es der Täter, dem es nur auf den Wert der Sache und nicht auf deren Substanz ankommt, stets auf den gesamten Sach-

¹³⁰⁾ Im wesentlichen übereinstimmend; SCHAFFSTEIN, GS 103, 310

¹³¹⁾ s. BOCKELMANN, ZStW 65, 575 und RUDOLPHI, S. 40

wert abgesehen hat ¹³²⁾. Hier besteht keine vorgegebene Einheit im Sinne nur eines Gegenstandes wie bei der Sachsubstanz. In bezug auf einen Teil des Sachwertes kann der Täter den Berechtigten lediglich insoweit vom Wert der Sache ausschließen, wie er diesen sich auch tatsächlich zuzuführen beabsichtigt; der Restwert verbleibt mit der Sachsubstanz der Herrschaft des Berechtigten. Wäre die Sache teilbar, würde sich der Täter stets nur den Sachteil zuführen, auf dessen Wert es ihm ankommt. Auf diesem Gedanken fußt unter anderem die Bejahung von Diebstahl bei der Wegnahme eines Sparkassenbuches, ohne daß es dem Täter auf die Substanz ankommt, sondern nur auf einen Teilbetrag, den er abheben will ¹³³⁾. Diese Erwägungen zur Spaltbarkeit des wirtschaftlichen Wertes und die Tatsache, daß die Vereinigungstheorie sowohl die Substanz der Sache als auch (nur) ihren wirtschaftlichen Wert als Objekte der Zueignung betrachtet, zeigen zwei Gründe auf, die die Wiederholbarkeit der Zueignung bei ein und derselben Sache ergeben:

a) Vertritt man die Substanztheorie, kann der Täter an dem Zueignungsobjekt, der Substanz der fremden beweglichen Sache, nur einmal unter (geplantem) dauernden Ausschluß des Berechtigten von der Sachherrschaft Eigenbesitz begründen wollen und diesen Willen betätigen, es kann nur einmal ein Pseudoeigentümerverhältnis hergestellt werden, es sei denn, der Täter gibt seine Herrschaft wieder auf.

Vertritt man die Vereinigungstheorie, kann der Täter sich die Sache selbst oder nur ihren wirtschaftlichen Wert zueignen. Also kann bei Zugrundelegung dieser Theorie der Täter sowohl durch Begründung von Eigenbesitz Unterschlagung (Zueignung) begehen, als auch durch Gewinnung des wirtschaftlichen Wertes der Sache durch Wertentzug, weil - entsprechend der Substanz und dem Wert der Sache - auch zwei gleichwertige Willenselemente für die Zueignung gegeben sind. Will der Täter deshalb zunächst nur die Substanz für sich, entzieht er ihr aber später ihren wirtschaftlichen Wert, so muß auch diese Wertausnutzung bei genügender Manifestation des Wertentziehungswillens Zueignung sein. Infolge der mit der Vereinigungstheorie vollzogenen Gleichsetzung des Sachwertes mit der Sachsubstanz wäre es nicht zu rechtfertigen, im Sinne eines Entweder-Oder in solchen Fällen den Sachwert als geeignetes Zueignungsobjekt deshalb außer acht zu lassen, weil schon eine Zueignung der Substanz der Sache vorliegt.

b) Mit diesen Darlegungen ist jedoch der Bereich der Wiederholbarkeit der Zueignung noch nicht erschöpft. Da der Wertentziehungswille nämlich nicht unbedingt den gesamten Wert der Sache betreffen muß, ist er selbst infolge der Aufteilbar-

132) RUDOLPHI, S. 33 mit weiteren Nachweisen; OLG Hamm, JMBI. NRW 1962, 111

133) v. OLSHAUSEN, 11. Aufl., § 242 N. 29; SAERBECK, S. 55

keit des wirtschaftlichen Sachwertes wiederholbar. Der Täter kann also jeweils den entsprechenden Wertentziehungswillen, einen besonderen Verwertungsvorsatz, fassen. Dies geschieht unabhängig von dem entweder durch Begründung von Eigenbesitz bei Erlangung der Sache oder durch Umwandlung von Fremdbesitz in Eigenbesitz geschaffenen Zustand. Bedingt durch die Wertgesichtspunkte der Vereinigungstheorie ist als Zueignungsakt jede Manifestation eines Wertentziehungswillens anzusehen, die - gegebenenfalls - den Plan des Täters, den Berechtigten dauernd von der Herrschaft über die Sachsubstanz auszuschließen, zwar nicht rechtlich, so doch dem Inhalte dieses Rechtes nach, materiell verwirklicht. Diese Verwirklichung tritt, obwohl die Sache selbst mit der Begründung von Eigenbesitz regelmäßig dem Tätervermögen rechtlich nicht einverleibt werden kann, mit der Zuführung des in ihr verkörperten wirtschaftlichen Wertes in das Vermögen des Täters ein. Dabei kann der Verlust des materiellen Inhaltes des Eigentumsrechtes unter Umständen auch Schritt für Schritt durch Betätigung mehrerer Wertentziehungsvorsätze herbeigeführt werden.

Im Zivilrecht ist die Einverleibung einer beweglichen Sache in das eigene Vermögen durch den Erwerb des Eigentums mit einem Akt vollziehbar. Im Strafrecht kann die Einverleibung einer fremden beweglichen Sache ins eigene Vermögen infolge der Vereinigungstheorie ein sich aus mehreren Akten zusammenfügender Prozeß sein, der dieselbe Wirkung tatsächlich herbeiführt. Der Begriff der Zueignung ist demnach auch eine Art Sammelbecken tatsächlicher 'Zueignungsakte' in der Form von Verwertungshandlungen: "Die endgültige 'Enteignung' des Verletzten tritt erst mit der Umsetzung des Wertträgers in den Wert ein" 134). Will der Täter danach die Sachsubstanz zurückgeben, so ist diese nach BOCKELMANN 135) "der Schale vergleichbar, woraus der Kern entwendet worden ist"; der materielle Inhalt des Eigentumsrechtes ist verloren, das Recht zur hohlen Form geworden. Auch in der Rechtsprechung klingen diese Gedanken bisweilen an, wenn dort ausgeführt wird: "... durch das spätere Verhalten ... ist der Schaden aber erweitert und vertieft worden" (RGSt 67, 275) oder: die Angeklagte habe durch die Verwertung "den bereits begonnenen Eingriff in das Eigentum" weitergeführt und verstärkt (OLG Hamm in JMBINRW 1955, 236).

Im Schrifttum hat - soweit ersichtlich - lediglich BOCKELMANN (JZ 1960, 624) die Ansicht, der Zueignungsakt sei wiederholbar, näher mit der Gedanken der Verschlechterung der Lage des Eigentümers durch Aushöhlung des Eigentumsrechtes bei der Entziehung des Wertes der Sache begründet. Auf die sich auch aus der Spaltbarkeit des Sachwertes ergebende Wiederholbarkeit der Zueignung

134) MAURACH, BT, S. 401

135) BOCKELMANN, ZStW 65, 575

ist BOCKELMANN dabei allerdings nicht eingegangen. Ausgeführt wird vielmehr, die Wiederholbarkeit der Enteignung des Eigentümers ergebe sich daraus, daß "seine Lage durch wiederholte Betätigungen des Zueignungswillens noch verschlechtert werden kann. Solch eine Verschlechterung findet regelmäßig dann statt, wenn der Aneignungsakt wiederholt wird ..., z.B. dann, wenn der Täter den Intensitätsgrad seiner Herrschaft über die Sache erhöht, etwa indem er von der Aneignung der Sachsubstanz zur Aneignung des Sachwertes übergeht". Die Begründung der Wiederholbarkeit der Zueignung ist also, wenn auch weder die Substanz- noch die Vereinigungstheorie erwähnt wird, letzterer entnommen. Ausdrücklich wird das jedoch nicht gesagt, - wie es auch in den weiteren Ausführungen BOCKELMANNs nicht unmißverständlich zum Ausdruck kommt. BOCKELMANN teilt nämlich die Zueignung in Enteignung und Aneignung. Enteignung ist nach ihm die regelmäßige Verdrängung des Eigentümers "aus dem tatsächlichen Verhältnis zu der Sache, das ihm kraft seines Rechtes gebührt", Aneignung die "Begründung eines entsprechenden Verhältnisses für den Täter". Während die Wiederholbarkeit der Enteignung mit der Möglichkeit der Verschlechterung der Lage des Eigentümers gerechtfertigt wird, wird die Möglichkeit der Wiederholung des Aneignungsaktes "als nicht zweifelhaft" bezeichnet. Gerade vom Aneignungsakt hängt nun aber ab, ob eine erneute Zueignung bejaht oder verneint werden muß. Es ist zumindest ungenau und mißverständlich, den Zueignungsakt so zu definieren wie BOCKELMANN. Aneignung ist bei der Vereinigungstheorie nicht nur Begründung eines entsprechenden Verhältnisses für den Täter, sondern (auch) Gewinnung des Sachwertes. Diese Unvollständigkeit der Definition kann BOCKELMANN jedenfalls entgegengehalten werden: Die Wiederholbarkeit der Zueignung folgt im Gegensatz zur Substanztheorie aus der Möglichkeit des Fassens und Betätigens immer neuer Wertentziehungsvorsätze auch auf dem Boden eines Eigenbesitzverhältnisses. Mit dieser Ergänzung ist den richtungsweisenden Darlegungen BOCKELMANNs zuzustimmen. Gleichzeitig wird damit auch den Ausführungen von METZ (S. 64) entgegengetreten, die den Schluß rechtfertigen, daß er mit seiner Ansicht von der Wiederholbarkeit der Zueignung nicht nur für die Substanz-, sondern auch für die Sachwerttheorie Geltung beansprucht ¹³⁶⁾.

Wenn METZ die wiederholte Zueignung ein und derselben Sache mit der Möglichkeit wiederholter Betätigungen des Zueignungswillens begründet, - der - ohne vorherige Unterbrechung - nicht neu gefaßt, aber dennoch neu betätigt werden könne, so verkennt er, daß bei der Vereinigungstheorie entsprechend den beiden Zueignungsobjekten Sachsubstanz und Sachwert auch zwei Willenselemente der Zueignung anerkannt sind. Der Wille, unter (geplantem) dauernden Aus-

¹³⁶⁾ Vgl. auch oben Seite 34 ff.

schluß des Eigentümers von der Herrschaft über die Sache Eigenbesitz zu begründen, steht gleichberechtigt neben dem Willen, der Sache unter (geplantem) dauernden Ausschluß des Berechtigten vom gesamten Wert oder eines Teiles ihres Wertes den entsprechenden Wert zu entziehen. Der Zueignungswille kann deshalb sehr wohl erneut gefaßt werden. Erst dadurch wird es überhaupt möglich, daß eine wiederholte Betätigung des Zueignungswillens erfolgt.

Zusammenfassend kann festgehalten werden: die Substanztheorie schließt zwingend eine wiederholte Zueignung aus. Werden Substanz- und Sachwerttheorie miteinander vereinigt, so sind mehrfache Zueignungsakte hinsichtlich derselben Sache möglich. An Hand dieses Ergebnisses, das mit den das Wesen der Zueignung und damit den Sinn und Zweck des Eigentumsschutzes bestimmenden Zueignungstheorien gewonnen wurde, ist wieder zu der Ausgangsfrage zurückzukehren: Liegt beim Diebstahl stets vollendete Zueignung vor oder ist die Zueignungsabsicht mit der herrschenden Meinung im Sinne überschießender Innentendenz zu verstehen?

VI. Die Vollendung der Zueignung

Die Vollendung der Zueignung, die - wie sich gezeigt hat - ein reiner Rechtsbegriff ist, hängt von zwei entscheidenden Gesichtspunkten ab:

- a) von der Stellungnahme zur berichtigenden Auslegung des Unterschlagungstatbestandes (ob für eine Zueignung gleichzeitig mit der Erlangung des Gewahrsams erfolgende Manifestation des Zueignungswillens als ausreichend erachtet wird)
- b) von der Stellungnahme zum Wesen der Zueignung (ob der Vereinigungstheorie oder nur Sachsubstanztheorie der Vorzug gegeben wird).

Von der Auslegung des Unterschlagungstatbestandes und den verschiedenen Zueignungstheorien, die das Wesen der Zueignung, den Sinn und Zweck des strafrechtlichen Eigentumsschutzes und damit auch den der einfachen Unterschlagung als Tatbestand unterschiedlich bestimmen, ist weiter auch die Deliktsnatur der Eigentumsdelikte abhängig.

Die Frage nach der Vollendung der Zueignung soll im folgenden einerseits an Hand der Auffassung untersucht werden, welche

- a) der Substanztheorie folgt und außerdem jegliche 'berichtigende' Auslegung des Unterschlagungstatbestandes ablehnt

und zum anderen an Hand der heute wohl als herrschend zu bezeichnenden Meinung, welche

- b) der Vereinigungstheorie folgt und es für eine Unterschlagung als genügend ansieht, wenn die Erlangung des Gewahrsams und die Zueignung der Sache zeitlich zusammenfallen.

1. Die Vollendung der Zueignung und die Deliktsnatur von Diebstahl und Unterschlagung bei Ablehnung 'berichtigender' Auslegung des Tatbestandes der einfachen Unterschlagung in Verbindung mit der Substanztheorie

Erachtet man es für unerlässlich, daß die Erlangung des Gewahrsams der Manifestation des Zueignungswillens zeitlich vorausgeht, und erblickt man das Wesen der Zueignung mit der Substanztheorie in der Herstellung eines Scheineigentümerverhältnisses unter geplantem dauernden Ausschluß des Berechtigten von der Sachherrschaft, so muß auch der Zueignungsvorsatz der Substanztheorie entsprechend dem Erfordernis schon bestehenden Gewahrsams beschaffen sein¹³⁷⁾. Zueignung ist dann Begründung von Eigenbesitz bei schon bestehendem Gewahrsam an der Sache unter (geplantem) dauernden Ausschluß des Berechtigten von der Sachherrschaft. Wird der Gewahrsam aber erst in Zueignungsabsicht erlangt, so ist weder objektiv noch subjektiv den Erfordernissen des Gesetzes für eine Zueignung Genüge getan, sie kann niemals vorliegen.

Sieht man allerdings die Begriffsbestimmung der Zueignung allein im Sinne der herkömmlichen Definition der Substanztheorie, müßte auch bei der Gewahrsamserlangung eine Zueignung vorliegen können. So vertritt auch beispielsweise OPPENHOFF¹³⁸⁾ bei Ablehnung jeglicher 'berichtigender' Auslegung des Unterschlagungstatbestandes die Auffassung, daß im Fall der Gewahrsamserlangung durch Diebstahl, Betrug, Erpressung oder Fund in Zueignungsabsicht schon eine "Zueignung ... durch die Besitznahme" vorliege und spätere Verfügungen über die Sache deshalb begrifflich nicht mehr Zueignung im Sinne von § 246 sein könnten. Der Finder, der schon in Zueignungsabsicht an sich nimmt, geht demzufolge nach OPPENHOFF (§ 246 Anm. 37) straflos aus. Auf derselben Linie bewegt sich GELBERT (S. 14), der bei Erlangung von fremden beweglichen Sachen in Zueignungsabsicht Unterschlagung ablehnt, weil sie "begrifflich voraussetzt,

137) Vgl. FRANK, § 242 Anm. VII 1; SCHWARZ-DREHER, § 246 Anm. 5

138) § 246 Anm. 30 (bei falscher Interpretation der Motive); OPPENHOFF zustimmend: v. KUJAWA, S. 10; vgl. auch die unten S. 72 Anm. 71 Zitierten.

daß sich ihr Gegenstand zu der Zeit, da die Aneignung erfolgte, bereits im Besitz oder Gewahrsam des Täters befindet. Auch eine spätere, weitere Betätigung der Aneignungsabsicht ... könnte den Tatbestand der Unterschlagung nicht verwirklichen. Denn im strafrechtlichen Sinne hat die Aneignung ... bereits ... stattgefunden. Für eine nochmalige Aneignung desselben Gegenstandes bleibt begrifflich kein Raum".

Es wird angesichts dieser Auffassungen im Hinblick auf das Besitz-Gewahrsam-Erfordernis von § 246 verständlich, daß dem Zueignungsbegriff der Substanztheorie vorgeworfen worden ist, er müsse an den §§ 242, 246 scheitern ¹³⁹⁾, da er die in diesen Bestimmungen vorgenommene Unterscheidung von Zueignungsabsicht und Zueignung nicht erklären könne. Dieser Meinung kann jedoch nicht zugestimmt werden, wenn man sich nur die Bedeutung der §§ 246, 242 und die der Substanztheorie als Produkt von Wissenschaft und Rechtsprechung vergegenwärtigt. Letztere müssen ihre Ansichten innerhalb des Gesetzes entwickeln, falls sie mit ihnen Geltung beanspruchen wollen. Jede Zueignungstheorie muß demnach auch im Tatbestand der einfachen Unterschlagung wurzeln, wo das Gesetz das Merkmal 'zueignen' allein objektiv vorgibt. Wenn hier nun der Zueignung als ein ihr Wesen im Strafrecht mitbestimmendes Begriffselement das Erfordernis "die er in Besitz oder Gewahrsam hat" vorangestellt ist, so muß bei Ablehnung 'berichtigender' Auslegung des Tatbestandes der einfachen Unterschlagung diese Voraussetzung auch in die jeweilige Theorie vom Wesen der Zueignung aufgenommen werden. Weder Wissenschaft noch Rechtsprechung dürfen sich - ohne den Tatbestand der einfachen Unterschlagung zu beachten - mit einer Zueignungstheorie über die Vermögensdelikte hinwegsetzen, weil es das Gesetz selbst ist, das Voraussetzungen und Grenzen der Theorien absteckt. Darin, daß dieser zwingende Ausgangspunkt oft übersehen wird, wurzelt ein beträchtlicher Teil der untersuchten Problematik. Er kann deshalb nicht oft genug betont werden. Seine Nichtbeachtung muß unzulässigerweise zu zwei verschiedenen Zueignungsbegriffen führen: einem allgemein strafrechtstheoretischen, der zwar in der betreffenden Zueignungstheorie, aber nicht im Gesetz eine Stütze findet, und zu einem Zueignungsbegriff im Sinne der einfachen Unterschlagung des § 246 Abs. 1, 1. Alternative.

Dem Erfordernis zeitlich vorauseralangten Gewahrsams in § 246 Abs. 1 für die Vollendung und Beendigung der Zueignung (im Sinne der Substanztheorie) entspricht die überschießende Innentendenz der §§ 242, 263, 253. Bei streng wörtlicher Auslegung des Tatbestandes der einfachen Unterschlagung kann der Diebstahl hier stets nur eine versuchte Zueignung enthalten. Da nun innerhalb

139) OLLENDORFF, S.37; ZIMMER, S.13

der Delikte mit überschießender Innentendenz als zur "formellen Vollendung erhobenen materiellen Versuchstatbeständen" ¹⁴⁰⁾, denen "eine Art Vordatierung der Empfindlichkeit des betreffenden Interesses" ¹⁴¹⁾ gemeinsam ist, herkömmlicherweise zwischen sogenannten kupierten Erfolgsdelikten und sogenannten verkümmert-zweiaktigen Delikten ¹⁴²⁾ unterschieden wird, bedarf noch der Klärung, ob der Diebstahl wirklich ein kupiertes Erfolgsdelikt ist, wie im Schrifttum immer wieder angenommen wird ¹⁴³⁾. Der Unterschied zwischen den beiden Deliktsarten läßt sich in Kürze folgendermaßen verdeutlichen ¹⁴⁴⁾:

Im Gegensatz zum echten Erfolgsdelikt, bei dem der Erfolg stets mit der Verwirklichung des äußeren Tatbestandes gegeben ist, erachtet der Täter beim unechten, kupierten Erfolgsdelikt seine bisherige Tätigkeit für ausreichend, damit der noch in der Zukunft liegende Erfolg - auf den seine Absicht unmittelbar gerichtet ist - ohne weiteres Handeln von selbst eintritt. Bei den verkümmert-zweiaktigen Delikten hat der Täter zwar ebenfalls einen noch in der Zukunft liegenden Erfolg im Auge, seine Absicht ist aber - um ihn herbeizuführen - auf ein weiteres Tätigwerden (das beim echten zweiaktigen Delikt auch in den objektiven Tatbestand aufgenommen ist) gerichtet.

Berücksichtigt man jene Unterschiede unter gleichzeitiger streng wörtlicher Interpretation des Unterschlagungstatbestandes, ergibt sich, daß der Diebstahl ein verkümmert-zweiaktiges Delikt ist: der Erfolg, hier: Herstellung einer Scheineigentümerstellung bei schon bestehendem Gewahrsam, kann nicht von allein durch die Wegnahme bewirkt werden, da ein rein innerer Willensentschluß für die Annahme einer Zueignung unbeachtlich ist. Die Wegnahme ist vielmehr das Mittel für die Zueignung durch Manifestation des Willens, bei schon bestehender Verfügungsgewalt unter (geplantem) dauernden Ausschluß des Berechtigten von der Herrschaft über die Sache eine Scheineigentümerstellung zu begründen.

Aber auch bei 'berichtigender' Auslegung des Tatbestandes der einfachen Unterschlagung ist der Diebstahl kein kupiertes Erfolgsdelikt. Der Erfolg ist

140) BINDING, Lehrbuch, S. 11 ff

141) HEGLER, ZStW 36, 32

142) So schon BINDING, Lhb. S. 12; MEZGER, Traeger-Festschrift, S. 204 f; HEGLER spricht in Frank-Festgabe Bd. I, S. 312 ff von "Erfolgsabsichtsdelikten" und "Nachabsichtsdelikten".

143) MAURACH, BT, S. 185; METZ, S. 94; SPRANG, S. 129

144) Näher: BINDING, Lhb. S. 11; HEGLER in Frank-Festg. Bd. I S. 313; MEZGER in Traeger-Festschr. S. 205

dann nur die Herstellung einer Scheineigentümerstellung schon bei Erlangung des Gewahrsams (unter geplantem dauernden Ausschluß des Berechtigten von der Herrschaft über die Sache); er ist bei der mit Zueignungswillen unter Bruch fremden Gewahrsams erfolgenden Gewahrsams-erlangung schon gegeben, kann also danach nicht mehr eintreten.

Zusammenfassend kann im Hinblick auf die Deliktsnatur von Diebstahl und Unterschlagung festgehalten werden: Bei Ablehnung 'berichtigender' Auslegung des Unterschlagungstatbestandes und Zugrundelegung der Substanztheorie muß der Diebstahl ein verkümmert-zweiaktiges Delikt sein, während die Unterschlagung (Zueignung einer fremden beweglichen Sache) ihrer gesetzlichen Ausformung entsprechend reines Vorsatzdelikt ist.

2. Die Vollendung der Zueignung und die Deliktsnatur von Diebstahl und Unterschlagung bei 'berichtigender' Auslegung des Unterschlagungstatbestandes in Verbindung mit der Vereinigungstheorie (Sachwerttheorie)

Wird die Vereinigungstheorie zugrunde gelegt und der Tatbestand der einfachen Unterschlagung so verstanden, daß eine mit der Erlangung des Gewahrsams an der fremden beweglichen Sache gleichzeitig erfolgende Manifestation des Zueignungswillens für die Bejahung einer Zueignung ausreicht, ergibt sich für die Vollendung der Zueignung folgendes: sowohl bei Diebstahl als auch bei Betrug, Erpressung oder Fund liegt stets dann eine vollendete Zueignung vor, wenn es dem Täter nur oder zumindest auch auf die Sachsubstanz ankommt. Dasselbe gilt für die §§ 246, 266 bei schon bestehendem Gewahrsam. Die materielle Beendigung der Zueignung kann hier allerdings infolge des zusätzlichen Akzentes der Vereinigungstheorie (der wirtschaftlichen Seite der Zueignung) unter Umständen erst dann eintreten, wenn der die Sache behaltende Täter der Substanz den wirtschaftlichen Wert entzogen hat. Es ist aber andererseits nicht ausgeschlossen, daß die Vollendung und Beendigung der Zueignung auch bei der Vereinigungstheorie in einem Akt zusammenfallen, wie zum Beispiel bei erstmaliger Betätigung eines Zueignungswillens durch Verkauf oder Verschenken einer Sache, die sich bis dahin in Fremdbesitz befand. Die möglicherweise weit auseinanderliegende Vollendung und Beendigung der Zueignung ist durch die der Vereinigung der beiden Zueignungstheorien vollzogene Lückenschließung bedingt. Da die eine Scheineigentümerstellung begründenden Zueignungsakte gleichwertig neben denjenigen stehen, die diesen Zustand ausnützen, muß mit der Begründung von Eigenbesitz an der Substanz der Sache entsprechend der Doppelseitigkeit des Zueignungsbegriffes immer eine vollendete Zueignung vorliegen,

ob nun Wertzuführungsakte nachfolgen oder nicht ¹⁴⁵⁾).

Die letzte Feststellung bedarf allerdings aus einem besonderen Grunde der Berichtigung: Mit der Vereinigungstheorie ist erreicht worden, daß auch solche Fälle, in denen in bezug auf die Substanz der Sache kein Zueignungsvorsatz vorhanden ist, bei beabsichtigter Entziehung des in der Sache verkörperten Wertes erfaßt werden können. Leugnet jemand beispielsweise den Besitz eines fremden Sparbuches gegenüber dem Berechtigten ab, weil er für sich Abhebungen vornehmen will, so soll schon mit dieser Manifestation seiner Absicht eine Unterschlagung vorliegen ¹⁴⁶⁾, obwohl der Täter den in dem Buch verkörperten wirtschaftlichen Wert gegenständlich noch gar nicht gewonnen hat. Dazu bedarf es erst der Abhebung. Dogmatisch bedeutet das, daß die Vereinigungstheorie auch materielle (Wert)Zueignungsversuche innerhalb ein und desselben Tatbestandsmerkmals zur rechtlichen Vollendung erhebt. Kommt es dem Täter also einzig und allein auf den wirtschaftlichen Wert der fremden Sache an, ist der mit der Manifestationstheorie ohnehin fast bis zur Bedeutungslosigkeit eingedämmte Anwendungsbe- reich von § 246 Abs. 3 ¹⁴⁷⁾ (versuchte Unterschlagung) mit der Einführung der Sachwerttheorie zum Teil illusorisch geworden.

Handelt es sich um die Zueignung von Legitimationspapieren oder Inhaber- zeichen, so wird der Strafanspruch in das Stadium materiellen Versuches vordatiert. Dies geschieht ungeachtet der Tatsache, daß das Gesetz im Tatbestand der Unter- schlagung fordert, daß der Täter den Gegenstand der Zueignung zumindest gleich- zeitig mit ihr erlangt haben muß. Die Unterschlagung ist in den genannten Fäl- len im Grunde genommen also zum Delikt mit überschießender Innentendenz (verkümmert- zweiaktigen Delikt) gemacht worden.

145) a. A. BOCKELMANN, ZStW 65, 576, der nur Versuch annehmen möchte, wenn Zueignung der Substanz und Zueignung des Wertes nicht zusammenfal- len. Vgl. auch BOCKELMANN, JZ 1960, 622 Anm. 7, wo die Annahme von Versuch jedoch in erster Linie durch die generelle Ablehnung der "be- richtigenden" Auslegung von § 246 bedingt sein dürfte.

146) Gegen die h. M. FRANK, § 246 Anm. III 2, der bei Ablegnung des Besitzes immer nur Versuch annimmt.

147) MAURACH, BT, S. 232. Die berichtigende Auslegung weitet wiederum an- dererseits den Anwendungsbereich von § 246 Abs. 3 aus: alle Handlungen, die auf eine Zueignung gerichtet sind, müssen sich auch dann schon als Ver- such der Unterschlagung darstellen, wenn noch gar kein Gewahrsam des Tä- ters an der Sache besteht.

Es soll hier genügen, jenes bedenkliche Ergebnis aufzuzeigen, aufgrund dessen jedenfalls grundsätzlich an der herrschenden Meinung ¹⁴⁸⁾ festgehalten werden muß, die beim Diebstahl nicht vollendete, sondern nur versuchte Zueignung annimmt: Der Diebstahl ist infolge der Sachwerttheorie beispielsweise bei Wegnahme eines fremden Sparbuchs, um davon abzuheben, trotz 'berichtigender' Auslegung des Tatbestandes der einfachen Unterschlagung ein Delikt mit überschießender Innentendenz.

VII. Die Substanztheorie WELZELS und der Rückzug MAURACHs auf die Zueignungstheorie BINDINGs

Die ursprünglich scharfe Grenze zwischen den Aneignungsdelikten und den 'Wertverschiebungsdelikten' ist mit der Aufnahme von Wertgesichtspunkten in den Begriff der Zueignung verwischt worden. Die Möglichkeit hierfür hat nicht zuletzt die Anerkennung der wirtschaftlichen Vermögenstheorie geschaffen, mit der die anfänglich gegensätzlich gedeuteten Merkmale 'Zueignungs- und Bereicherungsabsicht' weitgehend einander angenähert wurden ¹⁴⁹⁾. Die in die Sachwerttheorie mündende Entwicklung führte dazu, daß Diebstahl und Unterschlagung nun auch Sachwertbereicherungsdelikte sind. Die allgemeinen Bereicherungsdelikte haben dafür gewissermaßen im Ausgleich Funktionen übernommen, die vor der Annäherung der einfachen Unterschlagung durch 'berichtigende' Auslegung nur den Sachaneignungsdelikten zukamen, da die Erlangung einer Sache in Zueignungsabsicht - abgesehen vom Diebstahl - im Zeichen der juristischen Vermögenstheorie nicht den Tatbestand des Betruges oder der Erpressung erfüllen konnte ¹⁵⁰⁾.

Angesichts dieses 'Erdrutsches' in den Vermögenstatbeständen kann der neuerdings von MAURACH ¹⁵¹⁾ gegen die Sachwerttheorie erhobene Vorwurf, sie verwandle die Unterschlagung "contra legem aus einem Angriff gegen das Eigentum als dingliches Recht in eine Vermögensverletzung", nicht ernst genug genommen werden. Eine eingehende Untersuchung würde den Rahmen der hier behandelten Problematik sprengen. MAURACHs Vorwurf ist jedoch etwas an Schärfe zu nehmen, wenn man sich die vorgegebene Verwandtschaft der Aneignungs- und Wertverschiebungsdelikte vor Augen hält. Diese Verwandtschaft be-

148) Vgl. oben Seite 23

149) Vgl. KOHLRAUSCH, S. 480/481; MITTERMAIER, S. 349

150) Vgl. oben Seite 8

151) MAURACH, BT, S. 230; vgl. auch RUDOLPHI, S. 39

steht aufgrund der Tatsache, daß das Eigentumsrecht die fremde bewegliche Sache mit dem Vermögen des Eigentümers als Summe wirtschaftlicher Werte verbindet. Beinhaltet der Begriff "Vermögen" aber die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des einzelnen, so schützt das rechtliche Band Eigentum pauschal den in der Sache als physikalischem Körper eingeschlossenen wirtschaftlichen Wert. Die gemeinsame Grenze zwischen dem allgemeinen Vermögen und der beweglichen Sache je als Inbegriff von Werten bildet so die Sache als Teil des Vermögens. Die mit der Annahme einer Scheineigentümerstellung bei der Substanztheorie außer acht gelassene wirtschaftliche Seite des Objektes wird so von der Vereinigungstheorie erfaßt. Es muß jedoch der Grenze zu den allgemeinen Bereicherungsdelikten entsprechend stets ein spezifischer "lucrum ex re" und nicht nur ein "lucrum ex negotio cum re" gegeben sein ¹⁵²⁾. Der animus rem sibi habendi wird mit Rücksicht auf die Doppelseitigkeit des Tatobjektes mit dem animus ex re lucri faciendi gleichgesetzt, nicht nur (einseitig) umgedeutet ¹⁵³⁾. Diese Erwägungen können jedoch nicht alle Bedenken gegen die Sachwerttheorie beseitigen, vor allem wenn man die Schwierigkeiten bei der Abgrenzung zum furtum usus berücksichtigt, die den Preis für die Erfassung der Legitimationspapiere und Inhaberzeichen bilden. Es ist so berechtigt, die Frage aufzuwerfen, ob nicht mit der Substanztheorie doch den Bedürfnissen der Praxis Rechnung getragen werden kann. In der Lehre versuchen heute nur WELZEL und neuerdings MAURACH ¹⁵⁴⁾ wieder festeren Boden für den Zueignungsbegriff zu gewinnen, der von BAUMANN ¹⁵⁵⁾ als "überhaupt schwammig und unabgrenzbar" bezeichnet wird.

Nach WELZEL ¹⁵⁶⁾ sind die Schwierigkeiten der Substanztheorie nur scheinbare, da die mit dem Besitz von Legitimationspapieren verbundenen Publizitätswirkungen der Sachsubstanz gleichzustellen seien; die "verwirrende Sachwerttheorie" erübrige sich damit. Zu denken gibt bei der Ansicht WELZELS jedoch - wie man es auch immer bezeichnen mag - , daß der Besitz jener Papiere lediglich die (noch in der Zukunft liegende) Wertausnutzung ermöglicht. Aus diesem Grunde ist es doch so nicht "materiell gerechtfertigt, ... die Ausnutzung dieser Urkunden in der Absicht, die mit ihrem Besitz verbundenen Rechtswirkungen auszunutzen,

152) BOCKELMANN, ZStW 65, 575; vgl. auch die einschränkende Stellungnahme von RUDOLPHI, S.42 und WESSELS, NJW 1965, S. 1156

153) s. MAURACH, BT, S.201

154) MAURACH, BT, S.200 f.i.Ggs. zu noch 3. Aufl., S.190

155) BAUMANN, Der strafrechtl. Schutz, S.197

156) Lhb. S.290; zustimmend noch NAGLER, LK 6./7. Aufl., Anm. III/V 2 A a vor § 242; WELZEL folgend Rabe, S.50

dem strafrechtlichen Zueignungsbegriff zu unterstellen" (S.290). Wenn WELZEL die Ausnutzung der mit den Legitimationspapieren verbundenen Wirkungen als Zueignung bezeichnet, so beweist er selbst, daß ohne Wertgesichtspunkte keine Strafe wegen der Ausnutzung der Substanz verhängt werden kann. WELZEL betont mit seiner modifizierten Substanztheorie nur die Bedeutung des Ausgangspunktes, vertritt der Sache nach aber ebenfalls wie die herrschende Lehre die Vereinigungstheorie ¹⁵⁷⁾.

Größere Beachtung verdient der von MAURACH (BT, S.201) in der neuesten Auflage seines Lehrbaches vorgenommene Stellungswechsel von der Sachwert- zur Substanztheorie. Er stellt die Notwendigkeit der Hinzuziehung von Wertgesichtspunkten zur Substanztheorie in Abrede und will die Fälle der Legitimationspapiere und Inhaberzeichen nach Betrugsgrundsätzen behandeln wissen. Eine Wegnahme jener Sachen soll strafloser *furtum usus*, die Ausnutzung des Wertträgers Betrug sein. MAURACH räumt allerdings selbst ein, daß beim Fehlen besonderer Manipulationen gegenüber einem "bereits mißtrauisch gewordenen" Opfer jede Bestrafungsmöglichkeit fehlt und gesellt sich mit diesem Eingeständnis zu der Ansicht BINDINGS, der eine "große Lücke in der Strafgesetzgebung" (Lhb. S.265) annahm ¹⁵⁸⁾.

Zusammenfassend kann festgestellt werden: WELZEL vertritt die Substanztheorie nur *expressis verbis*, sie ist bei ihm in Wahrheit von Wertgesichtspunkten durchlöchert. MAURACH hat sich zwar zu einer reinen Substanztheorie durchgerungen, muß aber in Kauf nehmen, daß sie in den entscheidenden Fällen versagt ¹⁵⁹⁾. Beide Versuche beweisen, daß es kaum möglich ist, die seit RGSt 10, 369 zur Sachwerttheorie tendierende Entwicklung zurückzudrehen, es sei denn, es werden bei der Täuschungshandlung und Irrtumserregung des Betrugers entsprechende Abstriche gemacht. Ob die Folgen eines solchen Vorgehens durch die Vorteile einer scharfen Trennung der Aneignungsdelikte von den Bereicherungstatbeständen noch zu rechtfertigen wären, ist nicht ganz zweifelsfrei. Das Reichsgericht hat jedenfalls die Konstruktion einer Täuschungshandlung beim bloßen unbefugten Abheben von fremden Sparkassenbüchern als "unhaltbar" bezeichnet ¹⁶⁰⁾. Andererseits wird bei der Betrachtung des Einzelfalles auf Grund

157) BOCKELMANN, ZStW Bd. 65, 577 f; KOHLRAUSCH-LANGE, § 242 Anm.

III 2 b; SPRANG, S.127; MAURACH noch in BT, 3. Aufl. S.190

158) dennoch für Betrug, Lhb. S.265 Anm. 1 (a.E.)

159) Unhaltbar MÜHLMANN-BOMMEL, § 242 Anm. 5; Unterschlagung des Buches bei der Abhebung. Beim Vortäuschen offener Stellvertretung wird regelmäßig Betrug vorliegen (für Unterschlagung in diesem Fall: BINDING, Lhb. S.265 Anm. 1).

160) RGSt 26, 154

der jeweils verschiedenen Begleitumstände das Abheben des Geldes vielleicht doch öfter, als man zunächst anzunehmen geneigt ist, unter den Tatbestand des Betruges subsumierbar sein.

Solange die Sachwerttheorie noch als die herrschende Zueignungstheorie gilt, muß das Tatbestandsmerkmal 'zueignen' weiter in einer Verbindung von formalem und wirtschaftlichem Gehalt gesehen werden. Andernfalls müßte auf jede Bestrafungsmöglichkeit in den meisten streitigen Fällen verzichtet werden. Daraus ergibt sich, daß die Zueignung in mehrere Einzelakte aufgespalten sein kann, mit deren dogmatischem und systematischem Schicksal sich die weiteren Untersuchungen zu beschäftigen haben.

C. DIE NACHHANDLUNGEN AN EINER DURCH EIN VERMÖGENSDELIKT IN ZUEIGNUNGSABSICHT ERLANGTEN FREMDEN BEWEGLICHEN SACHE

Es ist in Verbindung mit der 'berichtigenden' Auslegung des Unterschlagungstatbestandes festgestellt worden, daß infolge der herrschenden Sachwerttheorie auch nach der Zueignung einer fremden beweglichen Sache mittels Diebstahls, Betruges, Erpressung, Untreue oder Unterschlagung von demselben Täter unter Umständen weitere Zueignungsakte an der gleichen Sache erfolgen können. Ob nun aber die 'berichtigende' Auslegung von § 246 abgelehnt oder anerkannt, ob der Substanz- oder der Sachwerttheorie gefolgt wird; es ist im Ergebnis unstritten, daß der Dieb nicht auch noch wegen Unterschlagung belangt werden soll ¹⁾. "Wo das Gewinnen und Erlangen unter Strafe gestellt sind, dort sollen das Behalten und Genießen nicht bestraft werden; denn sie sind lediglich verschiedene Teilstücke eines einheitlichen Lebensvorganges" ²⁾. Dieser Lebensvorgang ist in einem umfassenden Strafäquivalent berücksichtigt, das der Gesetzgeber für die Verschaffung von Eigenbesitz an einer fremden beweglichen Sache gesetzt hat. Schon der erste Akt des Täters qualifiziert strafrechtlich erschöpfend sein gesamtes Tun; die Strafberechtigung des Staates ist schon vor dem Vollzug des Täterplanes gegeben, kann also durch den Vollzug mittels Wertentziehung nicht immer wieder entstehen ³⁾. Es ist demnach bei der Bemessung der Strafdrohungen nicht der konkret bei der Vollendung des Deliktes vorliegende Schaden entscheidend, sondern der Schaden des Berechtigten, wie er sich nach der Lebenserfahrung als Folge des rechtswidrigen Eingriffes in seine Vermögenssphäre ergibt. Wäre der Gesetzgeber nicht von diesem Schaden ausgegangen, hätte die Substanztheorie mit ihrem Scheineigentümerverhältnis nicht gebildet werden können, da hier die Zueignung so behandelt wird, als ob dem Berechtigten der Schade zivilrechtlichen Eigentumsverlustes erwachsen würde. Auch kann nicht eingewandt werden, daß aufgrund der bei Erlass des Strafgesetzes herrschen-

1) v. HIPPEL, Deutsches Strafrecht, S. 548; DRECHSLER, S. 38; GEERDS, S. 154 mit Nachw. in Anm. 24; RGSt 60, 372; RGSt 39, 243. - Die Fälle, in denen es dem Täter nur um einen in der Sachsubstanz verkörperten Teilwert geht, er nach dessen Gewinnung die Substanz dem Berechtigten wieder überläßt und sich danach erneut einen Teilwert zuführt, sollen hier außer Betracht bleiben. Sofern hier nicht Fortsetzungszusammenhang vorliegt, müßte Real Konkurrenz angenommen werden.

2) BOCKELMANN, JZ 1960, 625; ähnlich SCHRÖDER, MDR 1950, 399; SCHAFFSTEIN, GS 103, 308

3) Vgl. FRANK, § 74 Anm. V 3a; RGSt 35, 65

den juristischen Vermögenstheorie zumindest für die Strafdrohungen von Betrug und Erpressung eine Ausnahme gelten müsse, weil diese Tatbestände auch bei Zueignungsabsicht durch die Erlangung des Besitzes mangels eines Vermögensschadens beim Opfer nicht erfüllt werden konnten. Es muß nämlich das für den Diebstahl Gesagte im Gegenteil erst recht für Betrug und Erpressung gelten, da der Gesetzgeber bei der Bemessung ihrer Strafdrohungen - ebenso wie bei der Unterschlagung⁴⁾ - der möglichen zivilrechtlichen Eigentumsübergang zu berücksichtigen hatte.

Bedenken könnten sich im Grunde genommen nur bei der Untreue ergeben, hält man sich den früheren Streit vor Augen, ob bei § 266 nun der Treubruchs- oder der Mißbrauchstheorie zu folgen sei. Auf dem Boden der Mißbrauchstheorie konnte eine Zueignung - auch bei bestehendem Gewahrsam - deshalb nicht den Tatbestand der Untreue herstellen, weil sie als von der Vertretungsbefugnis des Täters nicht mehr gedeckt angesehen wurde. Angesichts der im Jahre 1933 erfolgten Aufnahme der Treubruchstheorie in den Untreuetatbestand dürften sich eventuelle Zweifel jedoch erledigen. Kaum in Abrede gestellt werden kann, daß der Vorsatz allgemeiner Schädigung ein viel umfassenderer als der der rechtswidrigen Zueignung ist und daß die Verfolgung eigennütziger Motive bei Untreue (§ 266) regelmäßig vorhanden sein wird⁵⁾.

Die 'berichtigende' Auslegung des Unterschlagungstatbestandes in Verbindung mit der Sachwerttheorie kann natürlich keine Änderungen im Hinblick auf die Bestrafung des Diebes bewirken, wenn auch die wirtschaftliche Realisierung der Scheineigentümerstellung durch Entziehung des spezifischen Sachwertes nun ebenfalls (neben der Begründung des Eigenbesitzes) Zueignung ist. Immer enthält die Strafdrohung des Vermögensdeliktes, das mit der ersten Zueignung erfüllt wird, ein Äquivalent für alle Zueignungsakte, die dem ersten nachfolgen können. Daraus folgt, daß es aufgrund des Strafrahmens, in dem spätere Akte des Täters schon berücksichtigt sind, auf jeden Fall gleichgültig sein kann, was der Täter weiter nach der ersten Zueignung mit der fremden beweglichen Sache macht. Wenn manche Autoren⁶⁾ beispielsweise bei der Vernichtung einer gestohlenen Sache durch

4) RG Rspr. Bd. 10, 490; RGSt 49, 18

5) SCHRÖDER, NJW 1963, 1960, MDR 1950, 400; BAUMANN, Der strafrechtliche Schutz, S. 254/255; NJW 1961, 1143; anders das Reichsgericht, s. unten S. 84 f.

6) SAUER, GA 63, 293; JESCHECK, ZStW 75, 535; METZ, S. 116 Anm. 380; BAUMANN, Der strafrechtliche Schutz, S. 254; abzulehnen daher auch DILLER, GS 106, 380, der bei jeder Intensivierung durch einen weiteren Akt Bestrafung mit § 246 oder § 303 in Realkonkurrenz fordert. Für Straflosigkeit der Sachbeschädigung wie hier die h. M.: MEZGER-BLEI, BT S. 272; SCHÖNKE-SCHRÖDER, Rdn. 68 vor § 73; SCHWARZ-DREHER, Anm. 6 vor § 73

den Dieb Bestrafung in Realkonkurrenz mit Sachbeschädigung fordern, weil der Schaden des Eigentümers durch den endgültigen Verlust des Eigentums vergrößert worden ist, so übersehen sie, daß die Strafe beim Diebstahl so bemessen worden ist, wie wenn durch die Tat zivilrechtlicher Eigentumsverlust eintreten würde. Es liegt auch nicht im Sinne des Gesetzes, eine ungerechte Doppelbestrafung zu erreichen - womit das Problem auftaucht, wie sie bei der durch die Sachwerttheorie auftretenden Wiederholbarkeit des Zueignungsaktes vermieden werden kann. Zwei Wege bieten sich hier für eine Lösung an: entweder läßt es sich begründen, daß die dem ersten Zueignungsakt nachfolgenden Zueignungsakte doch nicht dem Tatbestand der einfachen Unterschlagung unterfallen, oder es ist den Gesetzesbestimmungen selbst eine Art "materiellrechtliche Konsequenz des Grundsatzes ne bis in idem" ⁷⁾ zu entnehmen, die § 246 Abs. 1 von der Anwendung in (Ideal- oder) Realkonkurrenz ausschließt.

I. Die Tatbestandslosigkeit

der Nach(Verwertungs-)handlungen bei BELING und SAUER

Im Schrifttum ⁸⁾ wird immer wieder BELING ⁹⁾ mit seiner Theorie der "Nachtäterschaft", der tatbestandslosen Nachhandlungen des Täters, als Verfechter der Tatbestandslosigkeit der Verwertungshandlungen angeführt. BELING hat diese Theorie unter anderem an Hand der Absichtsmerkmale entwickelt. Die Realisierung der Absicht faßte er als "Nachstöße, Prolongationen, Anhängsel, Schweif" des "Tatbestandskernes" auf, die dessen "Nach-, Interessen-, Außensphäre" unterfallen, den durch ihn geschaffenen Zustand aufrechterhalten und deshalb auch noch unter diesen Tatbestand subsumiert werden müssen. Aus diesem Grunde seien andere Tatbestände hier unbeachtlich, selbst wenn sie eine Vertypung der Nachhandlung enthielten ¹⁰⁾.

7) Formulierung von KÖHLER, Grenzzlinien, S. 60; es besteht weiter noch die Möglichkeit, über § 154 Abs. 1 StPO abzuhefeln. Da dieser Vorschrift Zweckmäßigkeitserwägungen zugrunde liegen, wäre eine Verweisung des Problems ins Verfahrensrecht nur eine Notlösung.

8) GELBERT, S. 21; KÖRBER, S. 17 ff; SCHNEIDER, Ursula, S. 72 ff; Hans SCHRÖDER, S. 21

9) BELING, Lehre vom Verbrechen, S. 246 ff; 472 ff

10) zu § 263 StGB s. S. 196 ; zu § 242 s. S. 247

vgl. dagegen S. 318/319, wo die Annahme von Subsidiarität doch auf Tatbestandsmäßigkeit von § 246 nach § 242 deuten könnte.

Näher soll auf die Theorie BELINGs nicht eingegangen werden, zumal sie auch heute nicht mehr vertreten wird. Es sei lediglich kritisch bemerkt, daß Nachhandlungen entweder andere Tatbestände erfüllen oder strafrechtlich bedeutungslos sind. Sie können jedenfalls nicht in einen Tatbestand eingeschoben werden, der bereits vollendet ist.

Das beansprucht auch gegenüber der Ansicht von SCHÜTZE ¹¹⁾ Geltung, der in den erwähnten Fällen in Anlehnung an v. BURI eine "gesetzliche Einheit", eine "Deliktseinheit" mit der Folge annimmt, daß die Nachhandlungen, wenn sie für sich allein einem anderen Tatbestand subsumierbar wären, tatbestandlich unbeachtlich seien.

Einen weiteren Versuch, die Tatbestandslosigkeit von Verwertungshandlungen zu begründen, hat SAUER ¹²⁾ unternommen, der in wirtschaftlicher Betrachtungsweise den Zueignungsbegriff der Substanztheorie bereits um die Jahrhundertwende ablehnte. SAUER ist der Auffassung, es genüge für die Zueignung, daß zur Sache ein konkretes Verhältnis hergestellt werde, welches nach "objektivem Wahrscheinlichkeitsurteil" auf deren künftige Verwertung schließen lasse (GA Bd. 63, 287). Da ein Täter nun aber meistens mehrere Handlungen vornimmt, die alle einen solchen Schluß auf künftige Verwertung rechtfertigen würden, will SAUER als Zueignung immer nur "die erste vom Täter zwecks Verwertung für sich unter Entwertung oder Wertminderung für den Berechtigten über die Sache vorgenommene Verfügung" gelten lassen (S. 288). SAUER läßt sich bei dieser Definition davon leiten, daß "gerade die so unangenehme Frage nach dem Zeitpunkt der Vollendung die Beschränkung auf den ersten Akt nötig" mache; jene werde "sicherlich zu spät eingesetzt", wenn man erst in der Verwertung der Sache die Zueignung erblicke (S. 290). Eine dogmatische Begründung jener Einschränkung vermag SAUER freilich nicht zu geben. Er führt lediglich allgemein aus, ihm scheine der Grundsatz selbstverständlich, "daß die natürlichen Folgen eines rechtswidrigen schuldhaften Verhaltens nicht noch einmal ein solches darstellen können, wenn nicht eine neue, rechtswidrige, schuldhafte Interessenverletzung oder Interessengefährdung eintritt, mögen die Folgen auch einen anderen Verbrechenstatbestand erfüllen. Strafbar ist eben nicht schon, wer einen Tatbestand verwirklicht ...; es müssen vielmehr auch die 'Begriffsmerkmale des Verbrechens' erfüllt sein."

Bei diesen Ausführungen wird deutlich, daß SAUER zwei völlig heterogene Gesichtspunkte vermengt: die Frage nach der Tatbestandsmäßigkeit als solcher und die nach der Strafbarkeit tatbestandsmäßigen Verhaltens. In der Meinung,

11) SCHÜTZE, Die Konkurrenz ... S. 56

12) SAUER, GA Bd. 63, 284 ff; System des Strafrechts, S. 35

eine "materielle Erklärung" zu geben, "die der Natur der Sache entspricht", verkennt SAUER, daß die Üblichkeit von Verwertungshandlungen nicht geeignet ist, die Erfüllung eines Tatbestandes zu verhindern. Der innere Widerspruch seiner These tritt klar zutage, wenn er einerseits behauptet, die unmittelbare Folge seines Zueignungsbegriffes sei, "daß die späteren Akte nicht noch einmal als Zueignung anzusehen sind" und dann wenig später beiläufig einräumt: "mögen die Folgen auch einen anderen Verbrechenstatbestand erfüllen".

Von der Unsicherheit abgesehen, die ein "Wahrscheinlichkeitsurteil" (S. 287) im Sinne SAUERs mit sich bringen würde, gelingt es SAUER nicht zu widerlegen, daß die eigentliche Zueignung tatsächlich erst in der künftigen Verwertung der fremden beweglichen Sache liegt oder zumindest leigen kann. Außerdem hängt es oft vom Zufall ab, welcher Verwertungsakt dem Täter bewiesen wird. Wäre Zueignung aber tatsächlich immer nur der erste Akt, so würde bei mehreren Akten des Täters nachträglich vom Richter bestimmt werden, welcher tatbestandsmäßig ist, falls die ersten Verwertungshandlungen nicht bekannt sind.

Denselben Bedenken unterliegt die von ZIMMER¹³⁾ in SAUERs Gefolge vertretene Ansicht, als Zueignung sei "zweckmäßigerweise" nur der erste Akt anzusehen, sie sei nur "die erste vom Täter unter Entwertung oder Wertminderung für den Eigentümer vorgenommene Handlung, die an sich erforderlich ist zur Verwertung in der vom Täter beabsichtigten Weise".

Die Verwirklichung des Tatbestandes der einfachen Unterschlagung durch jede Verwertungshandlung nach Diebstahl, Sachbetrug, Sacherpressung, Untreue in bezug auf eine fremde bewegliche Sache und nach der Unterschlagung selbst ist - obwohl schon der erste Zueignungsakt mit einer Strafe für das gesamte Verhalten des Täters belegt ist - die unvermeidbare Folge jeder Tatbestandssystematik. Diese ist ein Produkt aus der unübersehbaren Vielfalt von möglichen Sachverhaltslagen einerseits und dem Erfordernis tatbestandlicher Bestimmtheit strafbaren Verhaltens andererseits. Der einzelne Tatbestand kann immer nur einen bestimmten Ausschnitt des gesamten Verhaltens betreffen. Wenn mehrere Ausschnitte eines Verhaltens in mehreren Tatbeständen erfaßt sind, so kann die tatbestandliche Verwirklichung jeweils nicht ausbleiben, selbst wenn in einem der Tatbestände das in den anderen erfaßte Verhalten bei der Strafdrohung schon berücksichtigt wurde.

13) S. 108; ähnlich SAERBECK, S. 73

II. Die Regeln der sogenannten Gesetzeskonkurrenz als Auslegungsmittel

Der Gesetzgeber hat es Wissenschaft und Rechtsprechung überlassen, Auslegungsgrundsätze zu erarbeiten. Solche Regeln sind einmal für die Auslegung der einzelnen Tatbestände erforderlich, eine Aufgabe, die durch die herrschende "objektive Auslegungstheorie" als gelöst gelten kann. Zum anderen werden solche Grundsätze benötigt, wenn im Verhältnis bestimmter Tatbestände zueinander aus Gründen der Gerechtigkeit ein Zusammentreffen dieser Delikte in Tateinheit oder Tatmehrheit vermieden werden soll ¹⁴⁾. Wann dies der Fall ist und welche Maßstäbe dabei anzuwenden sind - es handelt sich um den Bereich der sogenannten "Gesetzeskonkurrenz" ¹⁵⁾ -, ist im Schrifttum umstritten:

Bei der Behandlung der Gesetzeskonkurrenz werden üblicherweise die Begriffe der "Spezialität" (*lex specialis derogat legi generali*), der "Subsidiarität" (*lex primaria derogat legi subsidiariae*) und der "Konsumtion" (*lex consumens derogat legi consumptae*) verwendet. Für die Verwertungshandlungen hat sich - unabhängig von ihrer Einordnung unter die genannten Begriffe - die Bezeichnung "straflose Nachtat" eingebürgert, obwohl hier nur die Folge, aber nicht der Grund der Straflosigkeit zum Ausdruck kommt; die "straflose Nachtat" bleibt nicht etwa straflos, sondern wird nur nicht selbständig bestraft ¹⁶⁾. Die Begriffe der Spezialität, Subsidiarität, Konsumtion und der straflosen Nachtat bilden aber weder eine feststehende Terminologie noch eine anerkannte Systematik. Das beweist schon ein Blick auf die sich zum Teil überschneidenden Formen der Gesetzeskonkurrenz in der Literatur.

Hier fassen zum Beispiel KOHLRAUSCH-LANGE ¹⁷⁾ die Konsumtion gleichbedeutend mit "Gesetzeskonkurrenz" auf, während SCHÖNKE-SCHRÖDER ¹⁸⁾

14) Daß hier ebenfalls eine Auslegungsfrage vorliegt, ist unbestritten; vgl. HONIG S. 11; JESCHECK, Die Konkurrenz, S. 534; LENT, S. 16; SCHRÖDER, MDR 1950, 399

15) "scheinbare Gesetzeskonkurrenz" (GEERDS, S. 146); "unechte Ideal- und unechte Realkonkurrenz" (SCHMITT, S. 45); "Gesetzeseinheit" (RGSt 52, 300); "scheinbare Ideal- und Realkonkurrenz" (WARDA, S. 89)

16) GEERDS, S. 205 Anm. 327. Aus diesem Grund wird die Nachtat auch als vorbestrafte, mitbestrafte, strafumfaßte oder mitabgegoldene Tat bezeichnet.

17) Anm. III 3 Vor § 73;

18) Vorbem. § 73 Rdn. 77

der Konsumtion die Existenzberechtigung absprechen und nur mit den Begriffen der Spezialität und der Subsidiarität arbeiten. Bei KLUG ¹⁹⁾ entsprechen der Terminologie von SCHÖNKE-SCHRÖDER die begriffslogischen Prinzipien der Subordination und Interferenz.

BELING ²⁰⁾ wiederum setzt den Begriff der Subsidiarität dem der gesamten Gesetzeskonkurrenz gleich.

Im Rahmen dieser Arbeit kann nicht versucht werden, die verschiedenen Auslegungsregeln der Gesetzeskonkurrenz zu klären. Ein solches Bemühen wäre auch von vornherein deshalb zum Scheitern verurteilt, weil sich über die Fassung der Regeln der Gesetzeskonkurrenz immer streiten lassen wird. So betont GEERDS ²¹⁾, daß sie "niemals logisch zwingend" eine Lösung vorschreiben können. Eine Untersuchung der verschiedenen Formen der Gesetzeskonkurrenz ist hier aber auch nicht notwendig. Da alle Auslegungsregeln, ganz gleich, wie man sie faßt, stets denselben Bereich erfassen sollen, besteht über ihren gemeinsamen Rechtsgrund weitgehend Einigkeit. Dieser einheitliche Grund wird allgemein in dem Willen des Gesetzgebers gesehen, ein sinnvolles Funktionieren der Tatbestandssystematik zu gewährleisten, woraus zu folgern sei, daß auf der "bloßen Gesetzestechnik beruhende Überschneidungen materiell unerheblich" sein müssen ²²⁾. Ausgehend vom Rechtsgüterschutz ist das Vorliegen solcher Überschneidungen unter dem Blickwinkel des Unrechts- und Schuldgehaltes zu überprüfen ²³⁾. Es ist deshalb letztlich eine Frage zweiten Ranges, ob dem Willen des Gesetzgebers zum Beispiel mit der Annahme von Konsumtion oder von Subsidiarität Rechnung getragen wird. So bemerkt GEERDS (S.177), es handele sich lediglich um eine Klassifizierung nach Rängen innerhalb des einheitlichen Rechtsgrundes der Gesetzeskonkurrenz, nicht aber um diesen selbst. Entscheidend ist allein, ob Gesetzeskonkurrenz vorliegt oder nicht. Die Erforschung und Bestimmung ihrer einzelnen Erscheinungsformen erlangt erst unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit Bedeutung. Es ist unter diesen Umständen auch erklärlich, daß die Rechtsprechung sich nicht so sehr um eine einheitliche Terminologie bemühte und sich oft einfach mit der Feststellung begnügte, es liege Gesetzeskonkurrenz (oder: Gesetzeseinheit) vor ²⁴⁾. Das Feststellen lediglich von

19) S. 404

20) Grundzüge, S. 75

21) S. 177 mit Nachweisen S. 154 daselbst

22) GEERDS, S. 166, 177

23) BAUMANN, Der strafrechtliche Schutz, S. 250; HONIG, S. 101; SCHMITT, S. 48

24) So RGSt 53, 279; 40, 431; 56, 336; zu weitgehend HIRSCHBERG, S. 34 ("wohlbegründetes System" des RG)

Gesetzeskonkurrenz ist jedoch sachlich nicht zu beanstanden - allein auf diesem Boden ist - so GEERDS (S.177) - eine sinnvolle Auseinandersetzung möglich.

Im wesentlichen bewegt sich der Streit bei der Gesetzeskonkurrenz um die Abgrenzung der sogenannten (stillschweigenden ²⁵⁾) Subsidiarität zur Konsumtion. Hand in Hand damit geht die Frage, ob der Begriff der straflosen Nachtat in eine jener Formen eingeordnet oder ihnen koordiniert werden soll. Hier konnte keine auch nur annähernde Übereinstimmung erreicht werden, so daß sich viele resignierend mit der Feststellung begnügen, die Grenzen der Subsidiarität und der Konsumtion seien eben flüssig ²⁶⁾. Entsprechend der jeweiligen Abgrenzung der Subsidiarität und der Konsumtion wird die straflose Nachtat unter Beibehaltung dieser üblichen Bezeichnung als Auslegungsmittel der Gesetzeskonkurrenz entweder der Subsidiarität ²⁷⁾ oder der Konsumtion ²⁸⁾ zugeordnet. Demgegenüber fassen MEZGER-BLEI und MAURACH ²⁹⁾ die straflose Nachtat als persönlichen Strafausschließungsgrund auf. Ungeachtet der verschiedenen Eingliederung besteht jedoch über die Merkmale der straflosen Nachtat weitgehend Einigkeit. Da vor allem aufgezeigt werden soll, unter welchem Umständen die wiederholbaren Zueignungsakte der Sachwerttheorie 'straflos' sind, genügt es, hier die Kriterien der straflosen Nachtat anzuführen:

Es ist kein charakteristisches Merkmal der Nachtat, daß sie eine Verwirklichung der Absicht der Vortat ist, sofern diese ein Delikt mit überschießender In-

25) Im Gegensatz zu den Subsidiaritätsklauseln, mit denen der Gesetzgeber selbst das Rangverhältnis bestimmt; Überblick zur Konsumtion: KLUG, S.401 f; PRAETORIUS, S.25 f

26) DRECHSLER, S.11; PRAETORIUS, S.28; v. LISZT-SCHMIDT, S.358

27) SCHÖNKE-SCHRÖDER, Rdn. 66 vor § 73; Hellmuth MAYER, Strafrecht, S.413; SCHMITT, S.55

28) WELZEL, Lhb. S.206; JAGUSCH, LK, Vorbem. C 4 vor § 73; GEERDS, S.223 (Überblick S.205 ff)

29) MAURACH, AT, S.610, 612; MEZGER-BLEI AT, S.273. Dogmatische Bedenken gegen diese Ansicht meldet BECKER, S.29 f an: persönliche Strafausschließungsgründe bedürfen stets gesetzlicher Sanktionierung. Demgegenüber halten jedoch SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 2 Rdn. 19 gewohnheitsrechtliche Bildung persönlicher Strafausschließungsgründe für zulässig.

Wie MEZGER-BLEI und MAURACH auch a.A. als die h.M.: v. HIPPEL, Deutsches Strafrecht, S. 533 f.: die straflose Nachtat sei juristische Handlungseinheit, vgl. auch unten S. 65

nentendenz sein sollte ³⁰⁾. Eine straflose Nachtat kann somit ohne "Absichtshaupttat" vorliegen, andererseits kann aber auch bei einer solchen Realkonkurrenz gegeben sein. Haupt- und Nachtat können demselben Gesetz unterliegen³¹⁾. Der Unrechts- und Schuldgehalt der Nachtat muß von dem der Haupttat voll umfaßt und dort im Strafmaß berücksichtigt sein.

Wann nun im Einzelfall die Nachtat in eine solche Schutzsphäre fällt, wird im wesentlichen übereinstimmend ³²⁾ an Hand folgender Kriterien festgestellt:

- a) Identität des Handlungssubjektes und -objektes
- b) Identität des geschützten Rechtsgutes und des Rechtsgutträgers.
(Es genügt, daß das Rechtsgut der Nachtat von dem der Vortat umfaßt wird, wie zum Beispiel das Eigentum vom Vermögen).
- c) Mit der Strafe der Haupttat voll abgefolgter Schaden der Nachtat.
Die Nachhandlungen dürfen also den Erfolg nicht übersteigen, der bei der Haupttat auf Grund der Lebenserfahrung berücksichtigt wurde.

Es ist bereits (S. 54 f) dargelegt worden, daß der Schaden der gesamten wirtschaftlichen Zueignung jedem der untersuchten Vermögenstatbestände zugrunde liegt. In Verbindung mit den dargelegten Grundsätzen der straflosen Nachtat und der 'berichtigenden' Auslegung des Unterschlagungstatbestandes bis zum Genügen von Gleichzeitigkeit von Gewahrsamerlangung und Zueignung (oben Seite 54 f.) kann schon an dieser Stelle auf ein wichtiges Ergebnis hingewiesen werden:

Der Tatbestand der einfachen Unterschlagung steht immer in Gesetzeskonkurrenz, wenn eine Zueignung durch Diebstahl, Betrug, Erpressung oder Untreue gegeben ist. Die Form der Gesetzeskonkurrenz muß hier lediglich stets derjenigen entsprechen, welcher auch die straflose Nachtat zugeordnet wird ³³⁾. Verletzt jedoch der Täter mit der Zueignung neben dem Eigentum auch noch das in § 350 geschützte Rechtsgut des Vertrauens der Allgemeinheit in die Reinheit

30) MEZGER-BLEI BT, S. 272; GEERDS, S. 208; MAURACH, AT, S. 611

31) GEERDS, S. 205 Anm. 327; a. A. Ursula SCHNEIDER, S. 68

32) s. für die Lehre: MEZGER-BLEI BT, S. 272; zusammenfassend für die Rechtspr. des RG; KÖRBER, S. 6 ff; PRAETORIUS, S. 41; Ursula SCHNEIDER, S. 75; für den BGH vgl. BGH GA 1957, 410 mit Nachweisen

33) Für Subsidiarität: BOCKELMANN, JZ 1960, 622; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 246 Rdn. 33; BAUMANN, NJW 1961, 1143

Für Konsumtion: HONIG, S. 66 f; METZ, S. 103

der Amtsführung³⁴⁾, so kann keine Gesetzeskonkurrenz von § 350 mit §§ 242, 263, 253 oder 266 vorliegen. In derartigen Fällen muß sich vielmehr Ideal-konkurrenz der Amtsunterschlagung (§ 350) mit dem betreffenden Sachaneignungsdelikt (§§ 242, 263, 253, 266) ergeben.

Das letzterwähnte Ergebnis mag zwar vor allem im Hinblick auf den Diebstahl (§ 242) überraschen, ist aber die unausbleibliche Konsequenz der 'berichtigenden' Auslegung des Unterschlagungstatbestandes, Ist nämlich die Amtsunterschlagung (§ 350) ein Spezialdelikt der einfachen Unterschlagung (§ 246 Abs. 1, 1. Alternative) und kann der Tatbestand der einfachen Unterschlagung bis zum Genügen von gleichzeitig erfolgender Zueignung und Gewahrsamserlangung ausgelegt werden, so muß dies auch für die Amtsunterschlagung (§ 350) als Spezialdelikt von § 246 gelten. Ist nun jede Gewahrsamsbegründung (= Gewahrsamserlangung) durch Gewahrsamsbruch in Zueignungsabsicht (§ 242) eine Zueignung im Sinne des Unterschlagungstatbestandes, so muß sie auch dann eine solche im Sinne von § 350 sein, wenn es sich um die diebische Gewahrsamserlangung eines Beamten handelt.

Die 'berichtigende' Auslegung des Tatbestandes der einfachen Unterschlagung, die auch für das Spezialdelikt der Amtsunterschlagung Geltung beansprucht, löst so von selbst das Mißverhältnis, das beispielsweise zwischen dem Diebstahl (im Amt) und der Amtsunterschlagung trotz gemeinsamer Strafobergrenze in den Mindeststrafdrohungen besteht: Der Beamte, der stiehlt, konnte bisher nach § 27 b mit einer Ersatzgeldstrafe belegt werden, während derjenige Beamte, der die Sache nur unterschlägt, mit einer Freiheitsstrafe von "nicht unter drei Monaten" rechnen muß, weil nach § 27 b die Verhängung einer Ersatzgeldstrafe nur bei einer Strafe von "weniger als drei Monaten" zulässig ist. Da aber - bei vertretener 'berichtigender' Auslegung des Unterschlagungstatbestandes - Zueignung einer fremden beweglichen Sache schon bei deren Erlangung möglich ist, schiebt sich in den entsprechenden Fällen die bisher wegen § 27 b im Vergleich zu § 242 übersetzte Mindeststrafe der Amtsunterschlagung (drei Monate Gefängnis) als unterste Strafgenze über diejenige von nur einem Tag beim Diebstahl. Der Dieb im Amt kann nicht mehr erwarten, besser wegzukommen, als wenn er die gestohlene Sache lediglich unterschlagen hätte.

34) MAURACH, Materialien, S. 252

III. Subsumtion, Gesetzeskonkurrenz und der Sinnzusammenhang der Tatbestände als Auslegungsmittel

1. Subsumtion und Gesetzeskonkurrenz

Es muß nochmals betont werden, daß die Gesetzeskonkurrenz, also auch die straflose Nachtat, ebenso Konkurrenz der Straftatbestände ist wie die Ideal- und Realkonkurrenz der §§ 73, 74 StGB. Auch bei der Gesetzeskonkurrenz sind zumindest zwei Tatbestände nebeneinander erfüllt und folglich auch verletzt 35). Der entscheidende Unterschied besteht darin, daß bei der Gesetzeskonkurrenz erfüllte und an sich anwendbare Gesetze um ihre tatsächliche Anwendung in Wettbewerb treten 36), während bei der Ideal- und Realkonkurrenz die Straffolgen der anzuwendenden Gesetze konkurrieren. Irreführend ist daher die Behauptung, es handle sich bei der Gesetzeskonkurrenz um einen bloßen "Subsumtionszweifel" 37). Zweifelhaft ist eben nicht, ob subsumiert, sondern ob angewendet werden kann. Dieser Unterschied zwischen Konkurrenz der Tatbestände um die Anwendung und Konkurrenz der Tatbestände in der Anwendung erklärt auch, daß im Bereich der Gesetzeskonkurrenz der Gegensatz von juristischer Handlungseinheit und -mehrheit keine Rolle spielen kann 38).

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß bei der Überprüfung menschlichen Verhaltens auf seine strafrechtliche Erheblichkeit nicht nur eine bestimmte Ordnung der Auslegungsregeln innerhalb verschiedener Stufen der Auslegung des Gesetzes, sondern auch eine vom Gesetzgeber im Interesse einer sinnvollen und zweckmäßigen Funktion der Tatbestandssystematik gewollte hierarchische Ordnung jener

35) h. M., BOCKELMANN in Anm. zu OLG Hamm in JZ 1953, 235; WARDA, S. 89 Anm. 58; SCHMITT, S. 45, der dort in Anm. 10 ganz zu Unrecht GEERDS als anderer Ansicht zitiert; STOECKER, S. 451; RG und BGH in std. Rspr. (Nachw. bei SCHMITT, S. 53 - WARDA, S. 92 f). GEERDS, S. 122 Anm. 433, S. 170 Anm. 108, S. 163, S. 167 - bejaht ebenfalls eindeutig die Tatbestandsmäßigkeit, leugnet (S. 166) jedoch die materielle Verletzung des in Gesetzeskonkurrenz stehenden Tatbestandes, den er konsequent dann auch bei der Festsetzung der Straffolge außer acht läßt. A. A. als die h. M. MITTELBACH, S. 1492; s. auch HIRSCHBERG, S. 37

36) RITTMANN, S. 11; § 73 StGB: "Anwendung"

37) SCHÜTZE, S. 55

38) GEERDS, S. 153 f; HONIG, S. 7 Anm. 1, S. 12;

LENT, S. 16

Auslegungsstufen beachtet werden muß. Jede Veränderung der Reihenfolge des Prüfungsganges, jede Vermengung von Kriterien der verschiedenen Ebenen, muß einer elastischen Handhabung des Gesetzes den Weg verbauen. Der Erfolg wird in solchen Fällen stets eine unvollständige Würdigung des Täterverhaltens sein. Für die Verurteilung eines oder mehrerer Täter bedeutet dies: bevor eine bestimmte Strafe verhängt wird, sind in bestimmter Reihenfolge mehrere Prüfungsebenen zu durchlaufen. Nur bei strenger Unterscheidung der verschiedenen Stufen ermöglicht das Gesetz die Auffindung einer das Verhalten des Täters gerecht treffenden Strafe. Von Bedeutung ist dabei, daß in jeder Prüfungsebene aus unterschiedlichen Gründen eine unabdingbare Voraussetzung der Straffolge fehlen und dies zu deren Wegfall oder zur Entnahme der Strafe aus nur einem Delikt oder nicht allen verwirklichten Delikten führen kann. Jeder Bestrafung muß somit folgender Prüfungs-gang vorausgegangen sein:

a) Es ist zunächst zu untersuchen, ob die zu beurteilende natürliche Handlung einen der abstrakt vorgegebenen Tatbestände auch konkret erfüllt. Entscheidend sind hier die von der Wissenschaft und Rechtsprechung erarbeiteten Auslegungsgrundsätze der objektiven Auslegungstheorie. Die Würdigung geht hier über die Feststellung grundsätzlichen Bedrohtseins des Verhaltens mit Strafe (im Sinne der sogenannten limitierten Akzessorietät) hinaus bis zur Feststellung der Strafbarkeit (im Sinne der ehemaligen strengen Akzessorietät). Damit ist aber der Vorgang der Subsumtion, deren oberster Grundsatz eine umfassende Würdigung aller tatsächlichen Gegebenheiten ist ³⁹⁾, noch nicht beendet. Er ist erst mit der Berücksichtigung des gesamten Verhaltens des Täters abgeschlossen. Völlig gleichgültig ist hier, ob das Verhalten auch nach allen verwirklichten Tatbeständen bestraft werden kann. In den Vorgang der Subsumtion dürfen folglich auch keine Gesichtspunkte hineingetragen werden, die einer Verurteilung wegen einer bestimmten Tatbestandsverwirklichung entgegenstehen können.

b) Die zweite Prüfungsstufe betrifft das Problem, ob alle erfüllten Tatbestände in der gegebenen Situation einen besonderen Strafanspruch, eine besondere Strafberechtigung ⁴⁰⁾ enthalten, ob sie alle selbständig (für sich allein betrachtet an sich anwendbar) anzuwenden sind. Entscheidend sind hier die Auslegungsregeln der sogenannten Gesetzeskonkurrenz.

c) Die dritte Prüfungsstufe beschäftigt sich mit der Frage, ob die übriggebliebenen, anzuwendenden Vorschriften in Ideal- oder in Realkonkurrenz zueinander

39) FREUND, S. 38; RITTMANN, S. 14, 21

40) So GEERDS, S. 147 anstelle der ungenauen Bezeichnung Strafanspruch

stehen. Nur aus Gründen der Zweckmäßigkeit ⁴¹⁾ kann diese Prüfung jedoch auch schon vor der der Gesetzeskonkurrenz erfolgen. Es handelt sich hier aber in jedem Fall um verschiedene Ebenen mit divergierenden Vorzeichen. Aus diesem Grunde muß die Ansicht v. HIPPELS ⁴²⁾, die straflose Nachtat - deren Strafe er nach den Regeln der Gesetzeskonkurrenz bestimmt - sei eine juristische Handlungseinheit, an einem inneren Widerspruch scheitern. Die Gesetzeskonkurrenz kann im Bereich der juristischen Handlungseinheit keine Rolle spielen, ebenso wie letzterer bei der Gesetzeskonkurrenz keine Bedeutung zukommt ⁴³⁾.

Die systematische Stellung der Gesetzeskonkurrenz innerhalb des an die Prüfung der Schuld als letzter Stufe der Subsumtion sich anschließenden weiteren Prüfungsganges ist allerdings bestritten. Einigkeit besteht darüber, daß die Erörterung der Gesetzeskonkurrenz mehrere verwirklichte Straftatbestände voraussetzt, keine persönlichen Strafausschließungs- oder Strafaufhebungsgründe vorliegen dürfen und sie, jedenfalls grundsätzlich, vor der Ideal- und Realkonkurrenz zu prüfen ist. Im wesentlichen gehen die Meinungen darüber auseinander, ob der dogmatische Sitz der Gesetzeskonkurrenz vor ⁴⁴⁾ oder nach ⁴⁵⁾ den Hindernissen ist, die der Verfolgbarkeit der Tat entgegenstehen können. Der Streit hat vor allem für die Frage der Verjährung Bedeutung: Setzt die Prüfung nämlich erst ein, nachdem geklärt ist, ob der Vortat Verfolgbarkeitshindernisse entgegenstehen, so muß dann eine Bestrafung wegen der Nachtat erfolgen, wenn die Vortat verjährt ist, da es in diesem Falle an den Voraussetzungen dafür fehlen würde, daß die Vortat mit der Nachtat in Konkurrenz um die Anwendung treten kann. Der Bundesgerichtshof hat zu dieser Frage nicht Stellung genommen ⁴⁶⁾.

41) SCHMITT, S. 45; GEERDS, S. 228/233 trotz S. 146

42) Deutsches Strafrecht, S. 533 f, 547 f

43) Vgl. auch oben Seite 63

44) MEZGER-BLEI AT, S. 285; SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. vor § 73 Rdn. 70; RITTMANN, S. 90; BOCKELMANN, JZ 1960, 625. Das Ergebnis der Verjährung auch der Nachtat wird von SCHÖNKE-SCHRÖDER mit dem Wesen der Gesetzeskonkurrenz als "Bewertungseinheit" im Anschluß an NAGLER, LK 6./7. Aufl., Vorbem. II B 3 vor § 73, begründet. Berücksichtigt man aber die unterschiedlichen Zeitpunkte der Vor- und Nachtat und das Ziel, eine ungerechte Doppelbestrafung zu vermeiden, so gewinnt die gegenteilige Ansicht an Bedeutung.

45) GEERDS, S. 157, 167 f, 170 Anm. 108; MAURACH, AT, S. 593; WARDA, S. 82; JAGUSCH, LK, Vorbem. C 4 vor § 73

46) Vgl. OLG Braunschweig, NJW 1963, 1936, das der Ansicht der in Anm. 44 zitierten Autoren folgt.

Es kann hier genügen, darauf hinzuweisen, daß die Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit der Verwertungshandlungen nicht zwingend eine Verlängerung der Vortat zur Folge hat ⁴⁷⁾. Ob bei verjährter Vortat aus der Nachtat bestraft werden kann, hängt allein von der dogmatischen Stellung der Gesetzeskonkurrenz ab.

2. Der "Sinnzusammenhang" der Tatbestände

Läßt man dahingestellt, wo nach der Subsumtion der Bereich der Gesetzeskonkurrenz einsetzt, so steht doch fest, daß letztere von der Auslegung eines Tatbestandes im Stadium Subsumtion scharf zu trennen ist. Da es sich um zwei Ebenen mit dogmatisch verschiedenen Bereichen handelt, liegt es nahe, daß die Auslegungsregeln der Subsumtion und die der Gesetzeskonkurrenz ebenfalls durch heterogene Gesichtspunkte charakterisiert sein müssen: Wenn bei der Subsumtion ebenso wie bei der Gesetzeskonkurrenz der Wille des Gesetzes erforscht wird, so verfolgen beide dennoch unterschiedliche Ziele: bei der Subsumtion geht es um die Erfüllung von Tatbeständen, bei der Gesetzeskonkurrenz um die Konkurrenz erfüllter Tatbestände im Hinblick auf ihre Anwendung. Angesichts dieses vorgegebenen Unterschiedes überrascht die Feststellung, daß allem Anschein nach bei der Tatbestandsauslegung und der Auslegung des Rangverhältnisses von Tatbeständen zueinander ein einheitliches Kriterium verwendet wird: der Sinnzusammenhang der Tatbestände. Ihm wird einerseits für die Auslegung eines Tatbestandes allein ⁴⁸⁾, andererseits für die Unanwendbarkeit eines Tatbestandes neben einem anderen Tatbestand, also für die Frage der Gesetzeskonkurrenz, Bedeutung beigelegt.

Für die Tatbestandsauslegung im Sinne der objektiven Auslegungstheorie führt das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 1, 312) aus, maßgebend sei der in dieser Bestimmung "zum Ausdruck kommende Wille . . . , so wie er sich aus dem Wortlaut . . . und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den diese hineingestellt ist". So verneinte auch der Große Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofes in BGHSt Bd. 14, 43 "nach dem Sinnzusammenhang der Tatbestände" die Tatbestandsmäßigkeit der Verwertungshandlungen. Demgegenüber wird dann in der Literatur beispielsweise gesagt, der bei einem schweren Diebstahl an sich auch erfüllte § 242 sei bei der Bestrafung neben § 243 nicht auch anzuwenden, da

47) Das scheint BGH - GrSen - Bd. 14, 45 anzunehmen; vgl. auch METZ, S. 65 Anm. 198, der nur mit restriktiver Auslegung von § 67 Abs. IV abhelfen zu können glaubt.

48) Vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER, MAURACH, AT S. 81; BGHZ 23, 390

"nach ihrem Sinnzusammenhang der eine den anderen verdrängt" 49). Für die sogenannte stillschweigende Subsidiarität erklärt weiter GEERDS (S.179), daß sich "die Unanwendbarkeit eines Strafgesetzes aus dem Zweck und Zusammenhang der Vorschriften im Rahmen der Verbrechenslehre ergibt". Schließlich ist auch in der bereits zitierten Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen (S.46/47) zu lesen, daß sich bei einer Zueignung durch Betrug der Ausschuß des Unterschlagungstatbestandes von der Anwendung "unmittelbar aus dem Sinnzusammenhang der Tatbestände" de lege lata ergebe. Ist nun aber der "Sinnzusammenhang der Tatbestände" sowohl für die Subsumtion als auch für die Gesetzeskonkurrenz maßgebend, so scheint das Problem der Gesetzeskonkurrenz schon auf der Tatbestandsebene lösbar zu sein:

Da sowohl auf der Stufe der Subsumtion als auch auf der der Gesetzeskonkurrenz der Wille des Gesetzes erforscht wird 50), ist die Frage nach dem Sinnzusammenhang der Tatbestände in dieser Formulierung sicher auf beiden Stufen der Gesetzesauslegung berechtigt. Ein Unterschied kann höchstens in den durch die heterogenen Ebenen vorgegebenen unterschiedlichen Beziehungspunkten liegen, die der Fragestellung jeweils zugrunde liegen. Während diese Beziehungspunkte bei der Gesetzeskonkurrenz mehrere in concreto erfüllte Tatbestände bilden, bietet sich auf der Stufe der Subsumtion allein der geprüfte Tatbestand einerseits und der abstrakte Zusammenhang der Tatbestände andererseits für die Beantwortung der Frage an, ob der "Sinnzusammenhang der Tatbestände" einen bestimmten anderen Tatbestand, der noch nicht geprüft worden ist, von seiner Anwendung ausschließt. Wenn dies aber schon bei der Subsumtion des Täterverhaltens unter den geprüften Tatbestand fehlerfrei gefolgert werden können soll, so muß die Entscheidung zugunsten des geprüften Tatbestands logisch zwingend mit sich bringen, daß der andere, ausgeschiedene, gleichzeitig nicht erfüllt sein kann. Solche Fälle sind durchaus vorstellbar: Erlangt jemand eine fremde bewegliche Sache in Zueignungsabsicht unter Täuschung des Gewahrsamsinhabers, so können Zweifel auftauchen, ob das Täterverhalten einen Gewahrsamsbruch darstellt oder ob es eine Vermögensverfügung des Getäuschten bewirkt hat. Sobald dieser echte Subsumtionszweifel beispielsweise zugunsten des Diebstahlstatbestandes entschieden ist, ergibt sich unmittelbar aus dem Sinnzusammenhang der §§ 242, 263 logisch zwingend, daß eine zugleich vorliegende Vermögensverfügung des getäuschten Opfers in bezug auf dieselbe gestohlene Sache ausscheiden muß.

49) WARDA, S.89; Hellmuth MAYER, AT, S.413 (ähnlich)

50) Diese Gemeinsamkeit kommt besonders bei BERNER, S.273 ff zum Ausdruck, der unter der Überschrift Gesetzesauslegung nach den allgemeinen Auslegungsregeln auch die Gesetzeskonkurrenz behandelt.

Bei der Zueignung im Sinne des Unterschlagungstatbestandes muß jede Manifestation, die einen anderen Tatbestand erfüllt, stets auch § 246 Abs. 1 verwirklichen, weil die Zueignung - im Gegensatz zum Gewahrsamsbruch und der Vermögensverfügung - keine eingeprägte Handlung ist. Die Zueignung ist vielmehr durch mannigfaltige Manifestationen eines Zueignungswillens (auch bei der Erlangung des Gewahrsams) vollziehbar. Hier versagt die von BELING⁵¹⁾ so genannte "Exklusivität", die bei Ablehnung 'berichtigender' Auslegung noch zwischen Diebstahl und Unterschlagung bestehen kann. Sie ist vom Gesetzgeber schon in der Tatbestandsbeschreibung berücksichtigt⁵²⁾ und kann nur vorliegen bei einer Handlung, die aus logischen Gründen zwingend entweder nur das eine oder das andere Tatbestandsmerkmal erfüllen kann.

Der (Sinn-)Zusammenhang der Vorschriften wird in der Lehre bei der Auslegung eines Tatbestandes überwiegend als logisches Auslegungsmittel bezeichnet⁵³⁾. Das beweist, daß mit dem "Sinnzusammenhang der Tatbestände" nur die Frage nach der Exklusivität gemeint sein kann. Nur in diesem Sinn kann die Behauptung WARDAs⁵⁴⁾ verstanden werden, es würden "nicht selten" Fragen über das Verhältnis mehrerer Delikte, die auf den ersten Blick als Konkurrenzproblem erscheinen "... in Wahrheit schon auf der Tatbestandsebene ihre Lösung finden".

Werden nun aber mehrere natürliche Handlungen auf ihre Tatbestandsmäßigkeit überprüft, so versagt die Exklusivität. Erfüllt - um bei dem gegebenen Beispiel zu bleiben - die erste Handlung des Täters den Diebstahlstatbestand, so wird zwar hier der § 263 regelmäßig ausgeschlossen, nicht aber bei der zweiten Handlung, bei der die umgekehrte Situation einzutreten vermag. Ebenso kann - vertritt man allein die Substanztheorie - eine Zueignung durch Gewahrsamsbruch nicht eine nachfolgende Zueignung ausschließen. Ein solcher Ausschluß kann sich erst nach Prüfung des späteren Täterverhaltens ergeben. Hat der Täter, der Eigenbesitz begründet hat, diesen inzwischen in Fremdbesitz umgewandelt, so kann der Tatbestand der einfachen Unterschlagung wieder erfüllt werden. Es läßt sich also im Zeitpunkt der Zueignung durch Diebstahl auch hier nicht logisch zwingend folgern, daß § 246 auf jeden Fall ausscheidet. Es kann jedoch unter Umständen

51) BELING, Lehre vom Verbrechen, S. 305; KLUG, S. 409 verwendet den Ausdruck "Heterogenität"

52) GEERDS, S. 160

53) Vgl. SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 2 Rdn. 23; BAUMANN, Lhb. S. 123 rechnet bezeichnenderweise zur (logisch-)systematischen Methode den "Vergleich eines Begriffes in einem Tatbestand mit gleichen, ähnlichen oder anderen ... in anderen Tatbeständen".

54) S. 81/82; vgl. auch GEERDS, S. 157

auch für solche Fälle Exklusivität der Tatbestände gewollt sein, obwohl sie in der Tatbestandsbeschreibung nicht verankert wurde. Sie kann bei mehreren Handlungen des Täters auf dem Wege der Erforschung des Sinnzusammenhangs der Tatbestände, die erfüllt sind, ermittelt werden. Entscheidend sind die Auslegungsregeln der Gesetzeskonkurrenz. Hier betrifft die Frage nach dem Sinnzusammenhang zwar auch die Tatbestandsanwendung, aber nicht die der Verwirklichung, sondern, eine Stufe tiefer, die Frage nach dem Geltungsanspruch der Vorschrift im Hinblick auf die Strafe in der konkreten Situation. Dem steht nicht entgegen, daß auch im Bereich der Gesetzeskonkurrenz die Unanwendbarkeit eines Tatbestandes oft rein abstrakt aus dem Gesetz abzulesen ist, wie vor allem bei der Spezialität. Der Ausschluß eines Tatbestandes infolge Spezialität eines anderen hat denselben konkreten Grund wie die anderen, umstritteneren Formen der Gesetzeskonkurrenz. Daß die Spezialität den Tatbeständen abzulesen ist, bedeutet nur eine Erleichterung der Auffindung des Rechtsgrundes, nicht aber einen Wesensunterschied ⁵⁵⁾.

Exklusivität bedeutet nach dem Gesagten den Ausschluß eines Tatbestandes von der Anwendbarkeit. Hier zeigt sich, was der Auslegung eines Tatbestandes mit Hilfe anderer Tatbestände (der logischen Auslegung) und der Auslegung des Verhältnisses mehrerer im konkreten Fall verwirklichter Tatbestände gemeinsam ist; die Exklusivität der Tatbestände verhindert Gesetzeskonkurrenz, die Gesetzeskonkurrenz ihrerseits führt als ein der Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit nachgeschalteter Denkvorgang die Exklusivität der Typen herbei ⁵⁶⁾. Der Ausschluß eines Tatbestandes kann sich so auf zwei verschiedenen Wegen ergeben, von denen der zweite nur begreifbar ist, wenn der erste nicht zum Ziele führen kann. Treffend hat BELING ⁵⁷⁾ die Exklusivität beschrieben. Sie bedingt nach ihm "logisch völlige Beziehungslosigkeit ... Das Konkurrenzproblem taucht überhaupt nicht auf, weil eben die Tatbestände hier gegen jede Konkurrenz intolerant sind und sich ein aut- aut gebieterisch geltend macht. Exklusivität der Typen bedingt Alternativität der Strafgesetze".

Die sogenannte Alternativität soll im folgenden näher untersucht werden, da bei ihr immer wieder der Bereich der Tatbestandsmäßigkeit mit dem der Gesetzeskonkurrenz vermengt wurde. Wie sich zeigen wird, ging diese Vermengung

55) Vgl. FREUND, S. 39; leicht mißzuverstehen daher HONIG, S. 65; bei der Spezialität sei "wertfreie Betrachtungsweise anzuwenden" und NEUMANN, S. 30, wenn dieser sagt, das Verhältnis der Gesetzeskonkurrenz könne nur an den abstrakten Tatbeständen geprüft werden.

56) LENT, S. 42

57) Lehre vom Verbrechen, S. 305

so weit, daß auch versucht wurde, das Problem der Tatbestandsmäßigkeit der Verwertungshandlung, beziehungsweise das der straflosen Nachtat, auf der Stufe der Gesetzeskonkurrenz als Tatbestandsproblem zu lösen.

IV. Die sogenannte "Alternativität" als Beispiel für die Vermengung von Tatbestands- mit Konkurrenzfragen ; insbesondere die Alternativität der straflosen Nachtat in Sachverwertungsfällen bei HONIG

Unmißverständlich spricht MAURACH ⁵⁸⁾ im Sinne BELINGS von "exklusiver Alternativität". In derselben Bedeutung verwendet SCHRÖDER ⁵⁹⁾ diese Bezeichnung. Bei v. LISZT-SCHMIDT ⁶⁰⁾ taucht dagegen die Alternativität als eine vierte Form der Gesetzeskonkurrenz auf. Sie liege bei Verbrechen vor, "deren Begriffe widerstreitende Merkmale enthalten". Als Beispiel werden - bedingt durch streng wörtliche Interpretation von § 246 - Diebstahl und Unterschlagung angeführt. Das macht deutlich, daß gar keine Gesetzeskonkurrenz vorliegt, sondern daß bei v. LISZT-SCHMIDT die Exklusivität dogmatisch dort eingestuft wird, wo sie überhaupt nicht hingehören kann ⁶¹⁾.

In einem anderen Sinne als v. LISZT-SCHMIDT verwendet BINDING ⁶²⁾ den Begriff der Alternativität. Binding versteht darunter das Verhältnis von Strafgesetzen, die sich entweder verhalten wie zwei schneidende Kreise oder unter verschiedenen kriminellen Aspekten die Verletzung derselben Norm mit Strafe bedrohen, so daß eine Handlung ohne Widerspruch beiden Tatbeständen subsumiert werden kann. Als Beispiel werden unter anderen § 311 StGB und der ehemalige ⁶³⁾ § 5 SprengstoffG angeführt. BINDING ist der Ansicht, es stehe in diesen Fällen dem Richter frei, unter welche Bestimmung er subsumiere, gegebenenfalls sei die schwerere Strafdrohung entscheidend.

BINDINGs Alternativität trifft in Wahrheit fast ausschließlich die "echte Gesetzeskonkurrenz, wie sie lebt und lebt" ⁶⁴⁾. Infolgedessen sprechen ihr eine

58) AT S. 590

59) MDR 1950, 399 li. Sp.

60) S. 343/344

61) M.E. MAYER, S. 502 Anm. 3; v. HIPPEL, Deutsches Strafrecht, S. 527 Anm. 1; MAURACH AT, S. 590; VE 1909, Begründung S. 373 Anm. 4

62) Lhb. S. 349 f; Normen S. 201 ff; ebenso H. MAYER, Strafrecht, S. 413/414; ALLFELD, 8. Aufl., S. 236

63) am 1.6.1964 aufgehoben

64) M.E. MAYER, S. 502 Anm. 3

große Anzahl von Autoren jede Existenzberechtigung ⁶⁵⁾ ab. Nur WELZEL ⁶⁶⁾ und JAGUSCH ⁶⁷⁾ führen noch heute den Alternativitätsbegriff BINDINGS als vierte Form der Gesetzeskonkurrenz für Fälle wie § 311 StGB und den ehemaligen § 5 SprengstoffG an. Es handelt sich hier jedoch um einen Fehler des Gesetzgebers, der nicht zum Ausgangspunkt einer Theorie gemacht werden darf ⁶⁸⁾; seine Korrektur kommt nur dem Gesetzgeber selbst zu.

Schließlich hat auch HONIG ⁶⁹⁾ die Alternativität als Form der Gesetzeskonkurrenz verwendet, ihr aber in einer eingehenden Auseinandersetzung mit dem Problem der straflosen Nachtat einen anderen Inhalt gegeben. HONIG vertritt die Ansicht, die Alternativität treffe ausschließlich die Verwertungshandlungen an einer zugeeigneten Sache.

HONIG gelangt auf der Suche nach "einschränkenden Kriterien" für einen "praktischen" und "zweckvollen" Begriff der Alternativität zu einer Definition als "Verhältnis . . . zwischen denjenigen Rechtssätzen, die sich im Hinblick auf den Schutz eines und desselben Rechtsgutes wie verschiedene Mittel zur Erreichung eines und desselben Zweckes verhalten. Der Verschiedenheit der Mittel entspricht die Unvereinbarkeit der gesetzlichen Tatbestandsmerkmale" (S. 98 f), Infolge dieser Unvereinbarkeit kläre sich nun der "Subsumtionszweifel" von selbst mit der Entscheidung zugunsten des einen Rechtssatzes. Der andere scheide "als nicht in Betracht kommend endgültig aus".

HONIG meint nun, "in der Form der Gesetzeskonkurrenz", die er nur bei einer Handlung für möglich hält, werde das Ausscheiden des nicht erfüllten Tatbestandes infolge Alternativität "als der juristischen Denkform selbstverständlich" hingenommen. Das müsse dann aber auch geschehen, wenn zur Erreichung des Zieles des Täters mehrere Handlungen in bezug auf dasselbe Handlungsobjekt erforderlich seien, die "prima facie unter verschiedene Tatbestände zu fallen scheinen" ⁷⁰⁾. Die Wirkung sei zum Beispiel, daß Zueignung durch Diebstahl

65) BAUMANN, Lhb. S. 586; FRANK, Anm. VII 3 zu § 73; v. HIPPEL, Deutsches Strafrecht, S. 526/527; MEZGER-BLEI AT, S. 272; SAUER, Allgem. Strafrecht, S. 232; SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. § 73 Rdn. 79

66) Lhb. S. 206

67) LK Vorbem. C 3 vor § 73; ebenso BECKER, S. 33, 86

68) Eingehend KLUG, S. 414; s. auch GEERDS, S. 227; zustimmend SCHMITT, S. 52; erstmalig wohl FRANK, Anm. VII 3 zu § 73; vgl. auch VE 1909, Begr. S. 373 Anm. 4

69) HONIG, Die straflose Vor- und Nachtat, S. 95 ff

70) HONIG, Die straflose Vor- und Nachtat, S. 99. Die bei HONIG, S. 101 ff angeführten RG-Entscheidungen, sämtlich Fälle von Verwertungshandlungen, sind weiter unten bei der Rechtspr. besprochen. Weder das Reichsgericht

den § 246 schon tatbestandlich ausschließe, da die Subsumierbarkeit der Verwertungshandlung nur eine scheinbare, im juristischen Sinne jedoch begrifflich unmöglich sei. Zwar ließe sich vom "rein tatsächlichen Standpunkt aus die Wegnahme einer Sache von der ihr nachfolgenden Zueignung durchaus trennen", für die juristische Betrachtung müsse dagegen "das Wegnehmen des § 242 ... eine Betätigung der Zueignungsabsicht sein, als solche aber auch zugleich eine Zueignung selbst" ⁷¹⁾. Konsequent sieht HONIG auch beim Betrug Zueignung als gegeben und nachfolgende Verwirklichung des Tatbestandes der Amtsunterschlagung trotz der Verletzung eines weiteren Rechtsgutes als unmöglich an. Angesichts dieses unbefriedigenden Ergebnisses begnügt er sich mit der Feststellung, dies werfe eben "als Wirkung der Alternativität ein helles Schlaglicht auf diese selbst" ⁷²⁾.

Nach der hier vertretenen Ansicht, daß das Wesen der Zueignung in erster Linie von der Auslegung des Unterschlagungstatbestandes abhängt, tritt ein Fehler HONIGs und seiner Anhänger klar zutage: Zwischen §§ 263/350 kann bei einer Handlung nur dann Alternativität herrschen, wenn man für eine Zueignung zeitlich vorauseralangten Gewahrsam als unerläßlich ansieht. Dann aber kann durch Diebstahl oder Betrug keine Zueignung erfolgen, und § 350 müßte nach der Vollendung jener Tatbestände verwirklicht werden. Zueignung durch Betrug ist nur zu bejahen, wenn durch entsprechende Auslegung von § 246 das Verhältnis der Exklusivität der beiden Tatbestände bei einer Handlung beseitigt ist. In diesem Falle ist Zueignung durch Betrug aber stets auch zugleich eine solche im Sinne von § 350 mit der Folge einer Bestrafung des Täters wegen einer in Idealkonkurrenz mit dem Betrug begangenen Amtsunterschlagung ⁷³⁾. So nimmt HONIG den begrifflichen Ausschluß der Zueignung nach Betrug in Zueignungsabsicht zu Unrecht an.

Die innere Widersprüchlichkeit von HONIGs Alternativitätsbegriff tritt bei einer von ihm selbst getroffenen Feststellung zutage ⁷⁴⁾. Einerseits erklärt er für diese Form der Gesetzeskonkurrenz ein "Entweder-Oder der Subsumierbarkeit" für charakteristisch, andererseits hebt er hervor, daß die Formen der Gesetzeskonkurrenz die doppelte Subsumierbarkeit, die Verwirklichung der Tatbestände, zur Voraussetzung hätten. Dennoch ist er der Auffassung (S. 111), auch für die Alter-

Fortsetzung der Fußnote 70) von Seite 71:

(vgl. RGSt 66, 336) noch der Bundesgerichtshof verwenden die Alternativität als Form der Gesetzeskonkurrenz.

71) HONIG, S. 100; ebenso wie HONIG HILSCHENZ, S. 18 Anm. 1; BECKER, S. 67.

72) In HONIGs Gefolge DRECHSLER, S. 22, 39; KÖRBER, S. 37; ROMPEL, S. 21;

Hans SCHRÖDER, S. 49, S. 109 Anm. 1/ S. 110

73) Vgl. oben Seite 62

74) S. 98; vgl. auch S. 100 f, 112

nativität gelte der Satz LENTs (S. 16), "daß zwischen dem Verhältnis, in dem Gesetze zueinander stehen, und den Voraussetzungen, unter denen es zu ihrem Zusammentreffen kommt, stets sorgfältig zu unterscheiden ist". Das macht HONIG aber entgegen seiner Überzeugung gerade nicht: die Grenze ist schon allein mit der Schaffung einer tatbestands- und nicht nur strafausschließenden Form der Gesetzeskonkurrenz durchbrochen. Die bei der Substanztheorie nicht mögliche Wiederholbarkeit des Zueignungsaktes ist zwar auf den "uneingeschränkten Aneignungswillen" (S. 110) zurückzuführen, beruht jedoch nicht auf einer Konkurrenz der Tatbestände um die Anwendung, sondern auf der Begriffslogik. Die Begriffslogik verhindert schon die Erfüllung des Tatbestandes, welche die Voraussetzung jeder Form der Gesetzeskonkurrenz ist.

Aus diesem Grunde kann auch FREUND (S. 22) nicht zugestimmt werden, der der Ansicht ist, HONIG könne zumindest nicht das Vorliegen eines Zueignungsversuches leugnen; die zweite Handlung scheitert begrifflich nicht im objektiven, sondern im subjektiven Bereich, am Vorsatz, so daß auch Versuch ausscheiden muß.

Am besten charakterisiert HONIG (S. 110) seine Alternativität selbst, wenn er sagt, sie bewirke, daß schon "die Nachtat tatbestandsgemäß nicht verwirklicht werden" könne. Kann nämlich bei HONIG die Zueignung der Vortat nicht bestraft werden, so ist die Verwertungshandlung plötzlich entgegen der Begriffslogik tatbestandsmäßig, weil dann die erste Zueignung nicht in den Bereich der Konkurrenz um die Anwendung fällt und die Alternativität als eine Form der strafregulierenden Gesetzeskonkurrenz gar nicht zum Zuge kommt!

HONIG hat zwar einen "praktischen" und "zweckvollen" (S. 96 ff) Begriff der Alternativität geschaffen, dogmatisch erweist er sich jedoch als unhaltbar. Dennoch kann sein Versuch als ein Beweis dafür gewertet werden, daß das Handlungsmerkmal 'zueignen' mit einem subjektiven Übergewicht belastet ist, da HONIG seine ganze Theorie auf den "uneingeschränkten Aneignungswillen" und den "Schuldwert" der Vortat gründet, deren damit indizierter Unrechtswert die Tat in tatbestandlicher Beziehung restlos erschöpft (S. 110).

Als Ergebnis kann somit festgehalten werden: die Alternativität HONIGs ist bei einer Handlung keine Form der Gesetzeskonkurrenz, sondern - trotz Ablehnung des v. Lisztschen Alternativitätsbegriffes - gleichbedeutend mit der die Gesetzeskonkurrenz verhindernden Exklusivität der Tatbestände. Die von HONIG versuchte Übertragung der Alternativität auf mehrere Tatbestände mußte deshalb von vornherein zum Scheitern verurteilt sein, weil ohne die Möglichkeit der Subsumtion keine Gesetzeskonkurrenz vorliegen kann ⁷⁵⁾.

75) Vgl. FREUND, S. 22; GEERDS, S. 159 Anm. 49

Da der Begriff der Alternativität, wie sich gezeigt hat, immer wieder eine Vermengung von Subsumtionsfragen mit denen der Gesetzeskonkurrenz beinhaltet hat, wäre es begrüßenswert, wenn er überhaupt fallengelassen würde. Der Gesetzeskonkurrenz verhindernde Tatbestandsausschluß wäre mit der "Exklusivität" oder "Heterogenität" ⁷⁶⁾ hinreichend zu kennzeichnen.

76) KLUG, S. 414

D. ZUSAMMENFASSENDE DARLEGUNGEN IM HINBLICK AUF DEN ANWENDUNGSBEREICH DES UNTERSCHLAGUNGSTATBESTANDES

Ausgangspunkt der Untersuchungen war die Feststellung, daß die Zueignung als objektives Tatbestandsmerkmal nur im Tatbestand der einfachen Unterschlagung vorgegeben ist und deshalb ihr Wesensgehalt auch nur aus § 246 StGB heraus bestimmt werden darf. Mit der Umgestaltung der Unterschlagung vom Treupflichtverletzungs- zum reinen Eigentumsdelikt im Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund hat die Bezeichnung "Unterschlagung" ihre frühere, eigenständige Bedeutung verloren. Der Inhalt des Begriffes der Unterschlagung, das Delikt als solches, ist mit dem der Zueignung einer fremden beweglichen Sache identisch geworden. Aus dieser identischen Bedeutung der Begriffe folgt, daß das Merkmal "die er in Besitz oder Gewahrsam hat" nicht nur den Tatbestand der Unterschlagung nach außen zu den übrigen Vermögensdelikten abschirmt, sondern auch das Wesen der Zueignung als strafrechtlichen Begriff einengend charakterisiert. Jede Zueignungstheorie muß somit die tatsächlichen Voraussetzungen der Zueignung in § 246, die ihr Wesen mitbestimmen, berücksichtigen und in sich aufnehmen. Auch die Vollendung der Zueignung ist von den im Unterschlagungstatbestand enthaltenen Merkmalen abhängig.

Die Abkehr von der juristischen zur wirtschaftlichen Vermögenstheorie bewirkte, daß das Erschleichen oder Abnötigen des Besitzes an einer beweglichen fremden Sache auch den Tatbestand des Betruges beziehungsweise der Erpressung erfüllen kann. Der Sieg der objektiven Auslegungstheorie über die subjektive erlaubt heute eine Auslegung des Unterschlagungstatbestandes in der Weise, daß für eine Zueignung gleichzeitig erfolgende Gewahrsamserlangung und Manifestation des Zueignungswillens genügen. Da die Manifestation des Zueignungswillens nicht objektiv-eindeutig sein kann und Mehrdeutigkeit, ja Unverfänglichkeit, deshalb ausreichen muß, ergibt sich nun auch die Möglichkeit einer Zueignung durch Gewahrsamsbruch, Untreue bei Erlangung einer fremden Sache und durch Betrug und Erpressung dann, wenn die Vermögensverfügung des Opfers eine unmittelbare Hingabe des Tatobjektes in den Tätergewahrsam darstellt.

Der Wechsel von der Substanz- zur Sachwert(Vereinigungs-)Theorie bei der Bestimmung des Wesens der Zueignung bewirkte, daß neben der Sachsubstanz auch (nur) ihr Wert Objekt der Zueignung sein kann. Handelt es sich bei einer Unterschlagung nur um den Wert der Sache, so ergibt sich, daß Wissenschaft und Rechtsprechung dieses Vergehen als Delikt mit sogenannter überschießender Innentendenz auffassen, da die tatsächliche Zueignung des Wertes in den Zeitpunkt der Manifestation dieser Absicht (Sparbuchfall) an der Sachsubstanz

vorverlagert wird (vgl. oben S. 48 f.). Die Folge davon ist eine mehrfache Deliktsnatur auch der anderen Vermögensdelikte, in denen die Zueignung tatbestandlich voll eingeschlossen vorliegt. Mit Rücksicht auf die Sachwerttheorie muß somit grundsätzlich daran festgehalten werden, daß beim Diebstahl nur versuchte, nicht aber vollendete Zueignung vorliegt.

Als Produkt des Auffassungswandels, der sich in Wissenschaft und Rechtsprechung in den verschiedensten Strömungen seit dem Erlaß des Reichsstrafgesetzbuches vollzogen hat, sind die Vermögensdelikte heute weitgehend ineinandergeschoben. Infolge der 'berichtigenden' Auslegung des Tatbestandes der einfachen Unterschlagung kann man sich nun auch eine fremde bewegliche Sache durch ein Bereicherungsdelikt zueignen, andererseits aber auch durch das Aneignungsdelikt der Unterschlagung auf Grund der Sachwerttheorie sich nur um den Wert der Sache bereichern.

Die Vereinigungstheorie erkennt als Objekt der Zueignung sowohl Substanz als auch (nur) den Wert der Sache an. Es stehen demzufolge sowohl die Eigenbesitz begründenden als auch die wertgewinnenden Akte gleichberechtigt als Zueignungsakte nebeneinander. Damit und durch die Spaltbarkeit wirtschaftlicher Werte ergibt sich die Wiederholbarkeit des Zueignungsaktes, die bei der Substanztheorie an der begriffslogischen Unmöglichkeit scheitern mußte, den Willen zu fassen und zu betätigen, ein bereits bestehendes Scheineigentümerverhältnis herzustellen. Während dieses Zustandes ist nur Raum für einen Zueignungsvorsatz vorhanden, wenn mit der Anerkennung der Sachwerttheorie Sachwertentziehungsvorsätze als Zueignungsvorsätze gefaßt und betätigt werden können.

Jeder der untersuchten Vermögenstatbestände enthält das Strafäquivalent für die gesamte wirtschaftliche Zueignung. Immer, wenn eine Zueignung durch Betrug, Erpressung, Diebstahl oder Untreue vorliegt, steht der Tatbestand der einfachen Unterschlagung dazu in Gesetzeskonkurrenz. Verletzt die Zueignung auch noch das in § 350 geschützte Rechtsgut des Vertrauens der Allgemeinheit in die Reinheit der Amtsführung, so liegt Idealkonkurrenz der Amtsunterschlagung mit einem der erwähnten Delikte vor. Die Frage, ob nicht die Mindeststrafe des § 350 im Hinblick auf Diebstahl oder Betrug übersetzt ist, löst sich jetzt von selbst: die Mindeststrafdrohung der Amtsunterschlagung schiebt sich über die des Diebstahls und des Betruges.

Der Sinnzusammenhang der Tatbestände kann auf der Ebene der Subsumtion nur dann die Tatbestandsmäßigkeit und damit die Anwendbarkeit des einen oder anderen Tatbestandes ausschließen, wenn Exklusivität der Tatbestände vorliegt. Die Exklusivität kann jedoch nur eine natürliche Handlung betreffen und muß aus logischen Gründen dann versagen, wenn mehrere natürliche Handlungen zur Dis-

kussion stehen, auf deren Gesamtheit die Exklusivität nicht zu übertragen ist. Folgt man der Substanztheorie, so scheitert die Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit der Verwertungshandlung aus Gründen begrifflicher Logik erst am Vorsatz. Legt man die Sachwerttheorie zugrunde, so fehlt diese begriffslogische Barriere. Hier erfüllen die Verwertungshandlungen bei geeignetem Manifestationsakt stets den Unterschlagungstatbestand, sind aber dann straflos, wenn die allgemein anerkannten Voraussetzungen der straflosen Nachtat vorliegen. Hat der Täter die Sache durch ein Vermögensdelikt zu Besitz erlangt, aber erst nachfolgend einen Zueignungsvorsatz oder eine Sachwertbereicherungsabsicht gefaßt und manifestiert, so muß § 246 in Realkonkurrenz nachfolgen, da allein auf Grund des Vordeliktes eine Strafe wegen Zueignung der Sache - die zu diesem Zeitpunkt noch nicht vorlag - nicht verhängt werden kann.

Der Auffangfunktion des Unterschlagungstatbestandes sind bei Ablehnung berichtigender Auslegung und Bejahung der Substanztheorie entsprechende Grenzen gesetzt. Schon die 'Fundunterschlagung' wird vom Tatbestand nicht erfaßt, falls nicht eine Manifestation des Zueignungswillens nachfolgt. Liegen bei einer solchen persönliche Strafaufhebungsgründe oder verfahrensrechtliche Hindernisse vor, kann der Täter auch nicht bei späteren Sicherungs- und Verwertungshandlungen zur Verantwortung gezogen werden. Diese Möglichkeit bietet sich jedoch - rein von der Tatbestandsverwirklichung her gesehen - wenigstens ein einziges Mal, falls solche Hindernisse der Bestrafung eines Diebes, Sachbetrügers oder Erpressers entgegenstehen: hier muß die Verwirklichung des Tatbestandes der Unterschlagung - bei Ablehnung berichtigender Auslegung - notwendig nachfolgen.

Entscheidend vergrößert ist der Anwendungsbereich des Unterschlagungstatbestandes jedoch bei 'berichtigender' Auslegung im Rahmen der Sachwerttheorie. Außer den Fällen der 'Zueignung' bei mittelbarem Besitz erfaßt § 246 nun objektiv und subjektiv alle Manifestationen, die die Substanz der Sache beziehungsweise danach ihren Wert betreffen. Damit ist dem Unterschlagungstatbestand eine weitere eigenständige Aufgabe zugewiesen. Das Wesen der Unterschlagung bedingt, daß der Tatbestand das Eigentum nicht nur gegen einen rechtswidrigen Eingriff, sondern auch solange schützt, wie die mit dem ersten Angriff geschaffene rechtswidrige Besitzlage perpetuiert wird. Diese neue Funktion macht die Unterschlagung aber nicht etwa zum Dauerdelikt ⁷⁷⁾. Die Dauer ist hier nicht, wie zum Beispiel bei der Freiheitsberaubung, objektiv, sondern nur subjektiv in der Vorstellung des Täters vorgegeben. Der andauernde, vom Täter geschaffene Zustand "Eigenbesitz" ist objektiv nur durch die einzelnen Manifestationsakte, die keineswegs ununterbrochen andauern, erkennbar und zu beweisen.

77) Mit diesem Argument HÖPFNER, S. 123 und FELDHAUS, S. 24 gegen die Wiederholbarkeit des Zueignungsaktes

E. ZUR FOLGERICHTIGKEIT DER LEHRE IM HINBLICK AUF DIE GEWONNENEN ERGEBNISSE

I. Die Lehre bei Ablehnung berichtigender Auslegung des Unterschlagungstatbestandes und Anwendung der Sachwerttheorie

Die Autoren DREHER-MAASSEN, FRANK, KOHLRAUSCH-LANGE und MÜHLMANN-BOMMEL sind bei Ablehnung 'berichtigender' Auslegung des Tatbestandes der einfachen Unterschlagung ¹⁾ und Anwendung der Sachwerttheorie ²⁾ konsequent in ihren Ausführungen, welche die Lösung der hier untersuchten Frage betreffen. Sie betrachten die dolose Wegnahme einer fremden beweglichen Sache als nur versuchte Zueignung ³⁾ und den Diebstahl dementsprechend als ein Delikt mit überschießender Innentendenz ⁴⁾. Der erste einem Diebstahl nachfolgende Akt verwirklicht bei jenen Autoren stets den Unterschlagungstatbestand, ebenso wie nachfolgende weitere Verfügungen straflose Nachtaten sind ⁵⁾.

II. Die Lehre bei berichtigender Auslegung des Unterschlagungstatbestandes und Anwendung der Sachwerttheorie

Bei berichtigender Auslegung des Unterschlagungstatbestandes ⁶⁾ und Anwendung der Sachwerttheorie ⁷⁾ nehmen MEZGER-BLEI und SCHWARZ-DREHER bei

-
- 1) DREHER-MAASSEN, § 246 Anm. 3; FRANK, § 246 Anm. II 3; KOHLRAUSCH-LANGE, § 246 Anm. II; MÜHLMANN-BOMMEL, § 246 Anm. 4
 - 2) DREHER-MAASSEN, § 242 Anm. 5 b; FRANK, § 242 Anm. VII 2 a; KOHLRAUSCH-LANGE, § 242 Anm. III 2 b; MÜHLMANN-BOMMEL, § 242 Anm. 7
 - 3) DREHER-MAASSEN, § 242 Anm. 3 b und 5; FRANK, § 242 Anm. VIII; KOHLRAUSCH-LANGE, § 242 Anm. III 2 a in Verbindung mit § 59 Anm. III 1 a; MÜHLMANN-BOMMEL, § 242 Anm. 6
 - 4) DREHER-MAASSEN, § 59 Anm. I 4 b; FRANK, § 59 Anm. VI; KOHLRAUSCH-LANGE, § 242 Anm. III 2 a in Verbindung mit § 59 Anm. III 1 a; MÜHLMANN-BOMMEL, § 242 Anm. 9
 - 5) DREHER-MAASSEN, § 246 Anm. 4 a; FRANK, § 246 Anm. II 3 a; KOHLRAUSCH-LANGE, 42. Aufl. Anm. III 3 vor § 73; MÜHLMANN-BOMMEL, § 246 Anm. 9
 - 6) MEZGER-BLEI, BT, S. 118; SCHWARZ-DREHER, § 246 Anm. 1 B a
 - 7) MEZGER-BLEI, BT, S. 122; SCHWARZ-DREHER, § 242 Anm. 3 A

§ 242 versuchte Zueignung und überschießende Innentendenz an ⁸⁾ und beschäftigen sich nicht näher mit der Frage der Wiederholbarkeit der Zueignung ⁹⁾. In diesem letzten Punkt gehen SCHÖNKE und (noch in der 3. Auflage seines Lehrbuches) MAURACH den entscheidenden Schritt bei sonstiger Übereinstimmung mit MEZGER-BLEI und SCHWARZ-DREHER weiter und bejahen die Wiederholbarkeit der Zueignung ¹⁰⁾ ebenso wie SCHÖNKE-SCHRÖDER ¹¹⁾. Bei letzteren ist allerdings die Ungenauigkeit zu finden, daß bei § 242 nicht auch (zumindest) überschießende Innentendenz angenommen wird ¹²⁾.

In sich selbst widersprüchlich ist die Ansicht von JAGUSCH ¹³⁾, der bei 'berichtigender' Auslegung des Unterschlagungstatbestandes und Anwendung der Sachwerttheorie beim Diebstahl überschießende Innentendenz leugnet und eine mehrfache Zueignung ohne Unterbrechung der eigentumsgleichen Herrschaft des Täters für ausgeschlossen erachtet. Die Ausführungen von JAGUSCH wären dann konsequent, wenn er noch wie NAGLER statt der Sachwerttheorie die Substanztheorie vertreten würde, da nur bei letzterer die Wiederholbarkeit der Zueignung (aus begriffslogischen Gründen) scheitert.

III. Die Lehre bei berichtigender Auslegung des Unterschlagungstatbestandes und Anwendung der Substanztheorie

Mit der in der neuesten Auflage seines Lehrbuches vollzogenen Rückkehr zur Substanztheorie (S. 201) bei berichtigender Auslegung (S. 225) von § 246 hat sich MAURACH in Widersprüche zu seiner Ansicht verwickelt, der Diebstahl sei ein Delikt mit überschießender Innentendenz (S. 195) und der Zueignungsakt durch ein und denselben Täter sei bei derselben Sache wiederholbar (S. 229).

8) MEZGER-BLEI, BT, S. 117 und 125; SCHWARZ-DREHER, § 242 Anm. 4 B in Verbindung mit Anm. B III 2 vor § 1

9) MEZGER-BLEI, BT, S. 187; SCHWARZ-DREHER, § 246 Anm. 1 B b und § 350 Anm. 4

10) SCHÖNKE, § 242 Anm. XI ("straflose Nachtaten"); MAURACH, 3. Aufl., S. 192

11) § 246 Rdn. 9 u. 32; § 263 Rdn. 145; § 350 Rdn. 28

12) Vgl. § 242 Rdn. 52

13) Vgl. in der Reihenfolge der angeführten Punkte: LK 8. Aufl. § 246 Anm. 3; § 246 Anm. 4; § 242 Anm. V 3 und Anm. I; Bem. D VII vor § 242; andererseits noch für Wiederholbarkeit der Zueignung: NAGLER, LK, 6./7. Aufl., § 246 Anm. III 2

Die Substanztheorie ist mit dieser Ansicht MAURACHs nicht vereinbar ¹⁴⁾.

Bei berichtigender Auslegung des Unterschlagungstatbestandes und Anwendung der Substanztheorie ist WELZEL (S. 288 f) konsequent. Bei WELZEL ist die Wegnahme in § 242 stets Zueignung, der Diebstahl ein reines Vorsatzdelikt (S. 293 f, 296) und die Erfüllung des objektiven Tatbestandes der Unterschlagung durch die Verwertungshandlungen nach vorheriger Zueignung schon begrifflich ausgeschlossen ¹⁵⁾. Im Hinblick auf den Tatbestandsausschluß ist WELZEL deshalb folgerichtig, weil nach seiner finalen Handlungslehre der Vorsatz zur Handlung zählt. Das einzige Bedenken gegen WELZEL ergibt sich daraus, daß er - im Gegensatz zu MAURACH - die Substanztheorie nur dem Namen, aber nicht der Sache nach vertritt. ¹⁶⁾

14) Vgl. oben Seite 33 f.

15) S. 297 unter Bezug auf BGHSt - GrSen - Bd. 14 S. 38 ff; anders noch in der 6. Auflage vor der Entscheidung des Großen Senats, S. 285 (straflose Nachtat); vgl. jedoch nun 9. Aufl., S. 311, wo WELZEL seine Ansicht wiederum aufgegeben hat.

16) S. oben Seite 51 und die dort Zitierten.

F. DIE RECHTSPRECHUNG ZUR TATBESTANDSMÄSSIGKEIT
DER (AMTS-) UNTERSCHLAGUNG BEI ERLANGUNG
EINER FREMDEN BEWEGLICHEN SACHE IN ZUEIGNUNGSABSICHT
UND BEI DEN NACHHANDLUNGEN

Im folgenden ist die veröffentlichte Rechtsprechung zur Tatbestandsmäßigkeit der Unterschlagung im Hinblick auf die verschiedenen Möglichkeiten tatbestandlichen Zusammentreffens mit Betrug, Diebstahl, Untreue und der Unterschlagung selbst systematisch dargestellt. Die Überschnitte der einzelnen Abschnitte charakterisieren jeweils die Sachverhaltslage der Entscheidungen. Da schon die geringste Abweichung das Bild erheblich ändern kann, ist der Sachverhalt - wo es erforderlich schien - noch gesondert wiedergegeben.

Die herausgearbeiteten entscheidenden Gesichtspunkte für das Problem der Tatbestandsmäßigkeit der Nachhandlung(en), die bei der Würdigung der Rechtsprechung besondere Aufmerksamkeit beanspruchen, sollen zunächst nochmals in Kürze umrissen werden:

1. Bei der Erlangung einer fremden beweglichen Sache kann stets nur dann eine Zueignung vorliegen, wenn der Tatbestand der einfachen Unterschlagung 'berichtigend' ausgelegt wird.
2. Nach der Erlangung einer fremden beweglichen Sache in Zueignungsabsicht kann bei Anwendung der Substanztheorie nur dann eine Zueignung nachfolgen
 - a) wenn § 246 nicht 'berichtigend' ausgelegt wurde oder
 - b) wenn bei 'berichtigender' Auslegung von § 246 nach der Zueignung bei der Sacherlangung wieder in Fremdbesitz umgewandelt worden war.

Liegt die Sachwerttheorie zugrunde, sind wiederholte Zueignungen in bezug auf dieselbe Sache möglich, weil immer wieder Wertentziehungsvorsätze gefaßt und betätigt werden können.

3. Die Anwendbarkeit von § 246 kann aus zwei verschiedenen Gründen entfallen:
 - a) Der Tatbestand ist nicht erfüllt. Das ist vor allem dann der Fall, wenn keine Zueignung vorliegt, weil diese aus begrifflichen Gründen am Vorsatz scheitert.
 - b) Der Tatbestand ist zwar erfüllt, es kann ihm aber wegen des

Vorliegens anderer Tatbestände keine Strafe entnommen werden. Das trifft dann zu, wenn die Regeln der Gesetzeskonkurrenz (straflosen Nachtat) ergeben, daß die tatbestandsmäßige Unterschlagung nicht selbständig ¹⁾ in Erscheinung treten kann.

I. Der Zeitpunkt der Erlangung der Sache ²⁾

1. Bejahung des tatbestandlichen Zusammentreffens von Sachbetrug und (Amts-)Unterschlagung in einer Handlung

a) Sachbetrug und einfache Unterschlagung

In JW 1934, 486 Nr. 15 ist folgender Fall wiedergegeben:

Ein Angestellter hatte sich unter der Vorspiegelung, er habe Geldbeträge für seinen Arbeitgeber verauslagt, diese Beträge in Zueignungsabsicht erstatten lassen.

Der 2. Strafsenat des Reichsgerichtes hob die Verurteilung aus § 263 auf und verwies die Vorinstanz für den Bedarfsfall aushilfsweise auf § 246: wenn die Erlangung des Geldes nicht durch Betrug erfolgt sei, dann würde diese Erlangung eben als Unterschlagung zu bestrafen sein. Die frühere Rechtsprechung des Reichsgerichts habe zwar in solchen Fällen "das entscheidende Gewicht darauf gelegt, ob nach der Besitzergreifung eine Handlung des Täters den Aneignungswillen zum Ausdruck brachte", es sei indessen aber vom 1. Strafsenat bereits in RGSt 49, 194 (198) ausgesprochen worden, daß es nicht darauf ankomme, "wann der Täter den Besitz erlangt und ob er ihn rechtmäßig erlangt habe".

Auch der 1. Strafsenat bejahte später - RGSt 67, 70, (77) - das Vorliegen von Zueignung bei betrügerischer Sacherlangung in Zueignungsabsicht, "ein Tun, das an sich den Tatbestand der Unterschlagung begründet und nur deshalb nicht als solche zu bestrafen ist, weil wegen der Art der Erlangung die besondere Bestrafung wegen Betruges einzutreten hat".

1) Instrukтив RGSt 11, 359 f: "Ein einziger konkreter Gesamtvorgang ..., der in den einzelnen Stadien gegen verschiedene Strafgesetze verstoßen mag, dessen einzelne sukzessive Momente aber keine Selbständigkeit gegeneinander besitzen".

2) Sperrungen vom Verfasser

Mit beiden Entscheidungen war für das hier behandelte Problem ein günstiger Ausgangspunkt in bezug auf den tatbestandlichen Einschluß der Zueignung (einfachen Unterschlagung) in die übrigen Vermögensdelikte geschaffen worden. Leider hat dies dennoch bis heute keinen Umschwung in der veröffentlichten Rechtsprechung herbeizuführen vermocht. Nur die Entscheidungen des 1. und 2. Strafsenates des Reichsgerichts haben der in Zueignungsabsicht erfolgten Gewahrsamerlangung durch Betrug methodisch und dogmatisch einwandfrei im Wege einer 'berichtigenden' Auslegung des Tatbestandes der einfachen Unterschlagung die Bedeutung einer Zueignung verliehen.

b) Sachbetrug und Amtsunterschlagung

Der 4. Senat des Reichsgerichts bejaht in drei Entscheidungen Idealkonkurrenz von Sachbetrug und Amtsunterschlagung: In der Entscheidung JW 1938, 1881 Nr. 11 wird die Idealkonkurrenz damit begründet, daß "die Vermögensbeschädigung ... durch ... den Betrug ... mit der Bezahlung ..., die Unterschlagung mit dem Ansichbringen des Geldes beendet" gewesen sei; weil beide so eng zusammenfielen, müsse eine "natürliche Handlungseinheit" angenommen werden. HRR 1940 Nr. 651 begnügt sich mit der Verweisung auf jene Entscheidung ³⁾, während in DR 1940, 792 Nr. 7 zunächst der Zusammenhang mit der 'berichtigenden' Auslegung von § 246 erkannt zu sein scheint, wenn die Idealkonkurrenz dort angenommen wird, "da die Zueignung ... mit der Erlangung des Gewahrsams (Betrug) zusammenfällt, weil das Ansichbringen des Geldes unter den gegebenen Umständen die Absicht der Zueignung ... offenbarte". Dennoch war sich das Gericht anscheinend der Stichhaltigkeit der Begründung nicht ganz sicher, da sie noch zusätzlich mit einer "natürlichen Einheit, die der Zerlegung in mehrere selbständige Straftaten widerstreitet", gerechtfertigt wurde.

Das gewünschte Ergebnis wird hier also mehr vom Rechtsgefühl als von dogmatisch exakter Begründung aus § 246 getragen. Noch deutlicher wird das, wenn trotz der Annahme von Handlungseinheit in bezeichnendem Widerspruch erklärt wird, die vorliegende Amtsunterschlagung könne (so HRR 1940 Nr. 651) oder: könne nicht (so DR 1940, 792 Nr. 7) "bloße Nachtat" - also eine weitere Handlung - zum Betrüge sein.

In RGSt 52, 163 (166) hatte ein Schalterbeamter beim Fahrkartenverkauf jeweils eine Mark Wechselgeld zu wenig herausgegeben, um es bei Gelingen der Täuschung für sich zu behalten. Entschieden wurde, daß die Amtsunterschlagung bei gelungener Täuschung mit dem Betrug "rechtlich zusammentreffe".

3) Vgl. BOCKELMANN, JZ 1960, 621 Anm. 1

Da der Gewahrsam des Täters an dem jeweils isolierten ⁴⁾ Geldstück bereits bestand, konnte nur Idealkonkurrenz in Frage kommen ⁵⁾.

2. Bejahung tatbestandlichen Zusammentreffens von Untreue in bezug auf eine fremde bewegliche Sache und (Amts-)Unterschlagung in einer Handlung

Bei der Erlangung einer fremden beweglichen Sache durch Untreue bejahte das Reichsgericht in DJ 1938, 1880 (der Täter hatte in Zueignungsabsicht Geld für eine Kirchengemeinde kassiert) Tateinheit ⁶⁾ von §§ 266/246 unter Bezugnahme auf RGSt 58, 228 (229, 230). In dieser Entscheidung wurde ausgeführt, daß Gleichzeitigkeit von Gewahrsamerlangung und Zueignung für den Tatbestand der Unterschlagung genügt. Unsicher in der Begründung ist dagegen die auch schon in bezug auf den Betrug erwähnte Entscheidung RG DR 1940, 792 Nr. 7, in der die Idealkonkurrenz ⁷⁾ auch der Untreue mit Amtsunterschlagung bei der Gewahrsamerlangung in Zueignungsabsicht mit der Feststellung gestützt wird, das gesamte Handeln des Angeklagten bilde "auf jeden Fall .. nach der Auffassung des Lebens eine natürliche Einheit".

Bei schon bestehendem Gewahrsam ist in der Rechtsprechung immer wieder Idealkonkurrenz der Untreue sowohl mit Unterschlagung ⁸⁾ als auch mit Amtsunterschlagung ⁹⁾ bejaht worden. In kaum einer der Reichsgerichtsentscheidungen zur Untreue und einfachen Unterschlagung wird jedoch erwogen, ob eventuell Ge-

4) Auf die nötige Isolierung weist SCHRÖDER, JR 1960, 308 hin (wichtig bei einem Differenzbetrag).

5) RGSt 70, 12 (13) behandelt einen Fall, in dem bei bestehendem Gewahrsam und Täuschungshandlung zugleich die Voraussetzungen des deshalb allein angenommenen § 351 vorlagen.

6) Das RG ging stets davon aus, daß die Zueignung von der Untreue als reinem Schädigungsdelikt auch auf dem Boden der - nur vereinzelt zugunsten der Mißbrauchstheorie verlassenen - Treubruchtheorie (vgl. BAUMANN, Der strafr. Schutz S. 60 Anm. 7) nicht umfaßt wird.

7) Zur Tateinheit von §§ 266/350 siehe auch RGSt 69, 336 mit Anm. v. SCHWINGE in JW 1936, 459

8) RGSt 16, 344; 32, 30; 63, 253; 69, 64 = JW 1935, 941 ff; RGSt 73, 215; 74, 1 ff; RG JW 1938, 2336 f Nr. 11; BGHSt 3, 39 (mit § 81 a GmbHG); 3, 278

9) RGSt 32, 262; 69, 333; 70, 55 ff; 71, 96; 74, 173; 75, 191; BGH LM Nr. 42 zu § 73; RG HRR 1940 Nr. 711

setzeskonkurrenz vorliegt. Das Problem klingt an, wenn manchmal zurückhaltend von "rechtlichem Zusammentreffen" gesprochen wird ¹⁰⁾ oder noch vorsichtiger nur die "Möglichkeit" idealer Konkurrenz von §§ 266, 246 bejaht wird ¹¹⁾.

3. Verneinung tatbestandlichen Zusammentreffens von Sachbetrug, Untreue in bezug auf eine fremde bewegliche Sache und (Amts-)Unterschlagung in einer Handlung ¹²⁾

Auf dem Boden der Auffassung, Unterschlagung erfordere bereits bestehenden Gewahrsam, wurde bei betrügerischer Erlangung einer fremden beweglichen Sache in Zueignungsabsicht immer wieder der tatbestandliche Ausschluß sowohl der einfachen Unterschlagung ¹³⁾ als auch der die Begriffsmerkmale von § 246 voraussetzenden Amtsunterschlagung ¹⁴⁾ ausgesprochen. Bei Untreue scheint BGHSt 6, 314 (316) aus demselben Grund eine gleichzeitig mit der Vollendung jenes Deliktes vorliegende Unterschlagung nicht für möglich zu halten.

Auch die Entscheidungen RG Recht 1906 Sp. 633 Nr. 1572; RMG 5, 257 (261); RG LZ 1925, 486 = DJZ 1925 Sp. 891 f; RGSt 61, 126 (128) beschäftigen sich mit dem Zeitpunkt der Gewahrsamserlangung und können nicht etwa als Beleg für einen tatbestandlichen Ausschluß der Nachhandlung bei § 246 herangezogen werden.

Die Nachhandlungen sind deshalb nicht betroffen, weil man in den zitierten Entscheidungen - wie sich zeigen wird - davon ausging, daß Zueignung bereits bestehenden Tätergewahrsam erfordert. Weiter wird auch nie Zueignung bei der Erlangung des Gewahrsams bejaht, vielmehr § 246 ganz allgemein abgelehnt. (So ist die Folgerung gerechtfertigt, daß § 246 durch die Nachhandlung als tatbestandlich erfüllt angesehen wurde.)

10) RG Recht 1919 Nr. 1015; BayObLG LZ 1926 Sp. 237

11) RG JW 1936, 2101 Nr. 35; KG DJZ 1921 Sp. 565 f; RGSt 62, 32

12) Bei Diebstahl wurde Zueignung - wenn er nicht gerade bei einem anderen Vermögensdelikt mit erwähnt wurde (s. unten S. 100 ff.) - stets verneint (s. unten S. 88 bei den Nachhandlungen). Zu Betrug s. auch S. 89; zu Untreue S. 91

13) RGSt 9, 420 ff; 24, 409; 44, 117

14) RGSt 22, 306; RG Recht 1906 Sp. 633 Nr. 1572; RG LZ 1925, 486 = DJZ 1925 Sp. 892; RG HRR 1928 Nr. 1538; BGH NJW 1953, 33 Nr. 18

Aus systematischen Gründen werden die angeführten Entscheidungen in diesem Abschnitt untersucht.

In Recht 1906 Sp. 633 Nr. 1572 erklärt das Reichsgericht, für eine Unterschlagung sei "kein Raum mehr vorhanden, wenn der Täter die Sache mit der Absicht, sie sich zuzueignen, schon durch betrügerisches Verhalten in sein Vermögen gebracht hat". In der Entscheidung wird aber nur Idealkonkurrenz untersucht. Deutlich wird das, wenn angeführt wird, daß der Tatbestand der Amtsunterschlagung vom Betrug ausgeschlossen sei, weil er zeitlich vorauseralangten Gewahrsam erfordere. Deshalb liege auch kein "gleichzeitiges Zusammentreffen" vor, wenn der Täter die betrügerisch erlangte Sache "seiner Absicht entsprechend auch wirklich behält und verbraucht". Zur Tatbestandsmäßigkeit der Nachhandlungen ist damit nichts ausgesagt.

Das Reichsmilitärgericht hatte sich im Jahre 1903 - RMG 5, 257 ff (261) - mit einem Fall zu befassen, in dem ein Soldat zunächst ohne Zueignungsabsicht den Gewahrsam an einer verlorenen Geldbörse erlangt und den Inhalt später nach einer Beratung mit Kameraden mit diesen geteilt hatte. In der Entscheidung wird ausgeführt, der Unterschlagungstatbestand setze nicht voraus, daß der Besitz oder Gewahrsam in rechtmäßiger Weise erlangt sein müsse und er werde auch dadurch "nicht ausgeschlossen, daß die Besitzergreifung eine unberechtigte war, sie darf nur nicht den Tatbestand einer anderen strafbaren Handlung begründen".

Hier ist nur ausgesprochen, daß der Tatbestand der Unterschlagung in bezug auf eine strafbare Besitzergreifung ausgeschlossen sei, weil durch das Erfordernis bereits bestehenden Gewahrsams ein Zusammentreffen der Deilkte nicht möglich ist. Daß eine 'berichtigende' Auslegung von § 246 abgelehnt wurde, beweisen die Ausführungen des Reichsmilitärgerichts zur Mittäterschaft (S. 261). Eindeutig ergibt der entschiedene Sachverhalt, daß die Nachhandlungen von dieser Entscheidung nicht betroffen sind: geprüft wurde nämlich nur die Ansichnahme der Geldbörse ohne die Absicht der Zueignung und die Verteilung des Geldes in einem späteren Zeitpunkt, nicht aber das Ausgeben der Beute.

Nur auf den Zeitpunkt der Erlangung des Gewahrsams bezieht sich auch RG LZ 1925, 486 = DJZ 1925, Sp. 891 f, wo unter ausdrücklicher Bezugnahme auf RGSt 15, 426 ff dargelegt wird, bei Sachbetrug in Zueignungsabsicht schließe der Betrug die Amtsunterschlagung aus, da die zum Tatbestande von § 350 gehörende Unterschlagung fordere, daß die Zueignung der Erlangung der Sache nachfolge. Hierzu sei aber "kein Raum mehr vorhanden, wenn der Täter die Sache mit der Absicht, sie sich anzueignen, schon durch sein betrügerisches Verhalten in sein Vermögen gebracht hat". Der 3. Strafsenat prüft ausdrücklich nur die Möglichkeit von Idealkonkurrenz, die er auch dann für ausgeschlossen erachtet,

"wenn der Täter die betrügerisch erlangte Sache seiner Absicht entsprechend ... für sich verwendet".

Zu der Gruppe der Entscheidungen, deren Ausführungen sich nicht auf die Nachhandlungen beziehen, muß auch RGSt 61, 126 ff gerechnet werden. Ein Sparkassenangestellter hatte sich durch Vortäuschen falscher Tatsachen innerbetrieblich Gelder mit Zueignungsabsicht auf Sparbücher aushändigen lassen. Der 3. Strafsenat prüfte die Annahme der Vorinstanz, nämlich Unterschlagung der Bücher durch Abheben der in ihnen verbrieften Guthaben und verneint dies aufgrund des fehlenden Vorsatzes hinsichtlich der Sachsubstanz. Beiläufig wird dann für das Geld festgestellt: "Da er es durch Betrug erlangt hatte, kam eine Unterschlagung daran nicht mehr in Frage" (S. 128). Gemeint sein kann lediglich - weil nur das Abheben als solches geprüft wurde -, daß eine Unterschlagung des Geldes bei der betrügerischen Erlangung desselben nicht in Frage kam. Der Grund dieser Beurteilung wird wiederum darin zu suchen sein, daß bereits bestehender Gewahrsam für § 246 als unerläßlich angesehen wurde.

4. Zusammenfassung und Ergebnis der Rechtsprechung zur Unterschlagung (Zueignung) im Zeitpunkt der Erlangung der fremden beweglichen Sache

Wenn die Rechtsprechung eine Unterschlagung beim Ansichbringen einer fremden beweglichen Sache in Zueignungsabsicht verneinte, so war das stets auf eine streng wörtliche Interpretation des Tatbestandes der einfachen Unterschlagung zurückzuführen. Es findet sich keine Entscheidung, die konsequent durch 'berichtigende' Auslegung von § 246 Abs. 1 Zueignung durch Diebstahl bejaht. RG JW 1934, 486 Nr. 15 (2. Strafsenat), RGSt 67, 70 (77) (1. Strafsenat) und RG DJ 1938, 1880 (3. Strafsenat) sind die einzigen Entscheidungen, die durch 'berichtigende' Auslegung des Unterschlagungstatbestandes dogmatisch einwandfrei die Zueignung als schon durch Betrug bzw. Untreue (RG DJ 1938, 1880) erfolgt erklären. In wenigen Entscheidungen wurde vom 4. Strafsenat des Reichsgerichts¹⁵⁾ bei Erlangung einer fremden beweglichen Sache in Zueignungsabsicht durch Betrug oder Untreue Idealkonkurrenz mit Amtsunterschlagung angenommen, wobei dieses Ergebnis immer zumindest zusätzlich auf das Vorliegen einer "natürlichen Einheit" gestützt wurde.

Bestand der Gewahrsam des Täters bereits, wurden ohne Bedenken Idealkonkurrenz von Betrug mit Amtsunterschlagung, Untreue mit Unterschlagung und Untreue mit Amtsunterschlagung bejaht.

15) in JW 1938, 1881 Nr. 11; HRR 1940 Nr. 651 und in DR 1940, 792 Nr. 7

II. Der Zeitpunkt der Verwertung der Sache

1. Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit der Unterschlagung
(gegebenenfalls: Amtsunterschlagung)
nach Diebstahl, Sachbetrug, Untreue
in bezug auf eine fremde bewegliche Sache
in Zueignungsabsicht und der (Amts-)Unterschlagung selbst

a) Zur Tatbestandsmäßigkeit der Unterschlagung
nach einem Diebstahl

Immer, wenn das Reichsgericht ¹⁶⁾ in erster Linie den Tatbestand des Diebstahls zu prüfen hatte, nahm es aufgrund des Wortlauts der §§ 246, 242 an, daß die Zueignung der Sache deren Diebstahl nachfolge müsse. So führt beispielsweise RGSt 5, 4 (7) aus, die Unterschlagung liege in der "Verletzung des Eigentums an der dem Angeklagten fremden in seiner Innehabung befindlichen Sache durch Aneignung . . . , ein Verhalten, womit der Angeklagte die Sache, als wäre sie ihm gehörig, seinen Zwecken dauernd dienstbar macht", und spricht dann, nachdem kurz der subjektive Tatbestand von Diebstahl und Unterschlagung gestreift wurde, von "der durch § 246 StGB getroffenen Zueignung". RGSt 35, 64 (65) entnimmt der Zueignungsabsicht des Diebstahls, "daß der Diebstahl nicht durch die Aneignung, sondern durch die Wegnahme in der Absicht der Aneignung vollendet wird. In späteren Dispositionen, welche der Dieb aufgrund der Anmaßung des Eigentums über die Sache vornimmt, gleichviel ob dieselben in rechtsgeschäftlichen Verfügungen oder in einer Beschädigung oder Zerstörung der Sache bestehen", könne aber "eine zweite selbständige gegen das Recht des Bestohlenen gerichtete und wegen dieser Rechtsverletzung strafbare Handlung nicht gefunden werden". In RGSt 43, 60 (65) wird die Strafbarkeit der "bei der Wegnahme der Sache in diebischer Absicht bezweckten Aneignung" untersucht und RGSt 53, 302 (303) erklärt, das Erfordernis zeitlich voraussetzenden Gewahrsams für eine Unterschlagung schließe jedoch nicht aus, daß der Täter "bei der Besitzergreifung bereits eine unredliche Absicht gehabt hat; wesentlich ist nur, daß er die Absicht . . . später, als er die Sache schon in Händen hatte, durch eine Aneignungshandlung betätigt hat". In RGSt 54, 80 (81) wird von dem "Grundsatz der Straflosigkeit eines sogen. Verwertungsdelikts" gesprochen. In RGSt 64, 281 (283) wird bemerkt: wenn die Verfügung nur einen weiteren Eingriff in das bereits durch den Diebstahl verletzte Eigentumsrecht des Bestohlenen enthalte, so komme sie "regelmäßig als selbständige Straftat nicht in Betracht". Diese Betonung der Unselbständigkeit

16) Für den Bundesgerichtshof vgl. BGHSt 3, 194; 5, 379; s. auch RGSt 76, 134; abweichend: RG GA 59, 449 f

des Verwertungsdeliktes findet sich auch in RG 1918, Sp. 327: es sei die planmäßige Verwertung des gestohlenen Gutes "nicht mehr als ein neues, selbständiges Vergehen zu verfolgen, sondern als sogen. straflose Nachtat zu betrachten". In demselben Sinne äußert sich RG GA Bd. 54, 479 (480).

- b) Zur Tatbestandsmäßigkeit der (Amts-)Unterschlagung nach einem in Zueignungsabsicht begangenen Betrug

Sachbetrug und Unterschlagung:

Zur Rechtsprechung bei Sachbetrug und Unterschlagung ist vor auszuschicken, daß nach einem Sachbetrug ohne Zueignungsabsicht stets Realkonkurrenz von Betrug und Unterschlagung ¹⁷⁾ bzw. Amtsunterschlagung ¹⁸⁾ angenommen wurde. DRECHSLER ¹⁹⁾, der in solchen Fällen nur eine "mitbestrafte Tat" annehmen möchte, übersieht, daß im Zeitpunkt des Betruges tatsächlich noch gar keine Eigentumsverletzung vorliegt und deshalb eine Zueignung bei der Bestrafung nur wegen Betruges nicht berücksichtigt werden kann.

In der Verwertungshandlung nach einem in Zueignungsabsicht begangenen Betrug erblicken zahlreiche Entscheidungen nur eine "straflose Nachtat" ²⁰⁾ oder sprechen von einer unselbständigen Unterschlagungshandlung ²¹⁾; eine gleichzeitig mit dem Betrug verübte Unterschlagung wurde dann nicht geprüft und zum Beispiel nur von erlangter "Verfügungsgewalt" ²²⁾ gesprochen. Die Zueignung als straflose Nachtat kann deshalb bei diesen Entscheidungen nur im Sinne erstmaliger Zueignung zu verstehen sein. Diese Grundhaltung bringt das Reichsgericht beispielsweise in DJZ 1926, Sp. 238 (239) deutlich zum Ausdruck. Es betrachtet dort nur den ersten Akt des Täters als Manifestation des Zueignungs-

17) s. RGSt 15, 427; 61, 38; BGH GA 1957, 147; BGHSt 16, 281; OLG Braunschweig GA 1954, 315 = Niedersächs. Rechtspflege 1954, 89 f; weitere Nachweise bei SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 263 Rdn. 145; ALLFELD, 8. Aufl. S. 436 Note 33

18) RGSt 68, 209 = JW 1934, 2062 Nr. 23

19) S. 40, 73 f

20) RG JW 1934, 906 Nr. 19; konkludent BGHSt 6, 68 = NJW 1954, 1009; BGHSt 8, 260 unter Bezug auf BGH GA 1955, 271 ("straflose Nachtat"); BGH GA 1957, 147 unter Bezug auf BGHSt 6, 68; OLG Hamm JMBINRW 1955, 236 und (sinngemäß) BGHSt 3, 372

21) OLG Braunschweig GA 1954, 315 und RGSt 48, 291

22) BGHSt 6, 68; RGSt 48, 291

willens, "vorausgesetzt, daß er ... damals schon besaß und daß er sich nicht auf strafbare Weise in ... Besitz gesetzt hatte, also ... nicht bloß eine straflose Nachtat zu einem früheren Vergehen beging". Die Betonung liegt hier konsequent auf der ersten nachfolgenden Betätigung, da der Zueignungsbegriff im Sinne der Substanztheorie definiert wird (Kundgebung des Willens "die Sache dem Berechtigten zu entziehen und selbst die Gesamtheit derjenigen Befugnisse auszuüben, die der Eigentümer kraft seines Eigentumsrechts ausübt").

Fälle strafloser Nachtat (als erstmaliger Zueignung) nach einem Vermögensdelikt enthalten auch die Entscheidungen RGSt 57, 42 (43) und RGSt 67, 70 ff.

In RGSt 57, 43 wird ausgeführt, daß eine Tat, "durch die eine rechtswidrig erlangte Sache verwertet wird, als Nachtat straflos bleibt", sie aber dennoch "als eine Fortsetzung der strafbaren Betätigung für das Strafrecht erheblich" bleibe und deshalb Beihilfe an ihr möglich sei. Auch in den weiteren Darlegungen der Entscheidung ist stets nur von Erlangung, von Verfügung "über die so erlangten Filme" als einer "straflosen Nachtat" die Rede. Aus diesem Grund kann auch der Entscheidung RGSt 67, 70 ff - die sich ausdrücklich einer Stellungnahme zur Möglichkeit einer Beihilfe zu Verwertungshandlungen enthält (S. 76, 77) - nichts für eine eventuelle Wiederholbarkeit des Zueignungsaktes entnommen werden, zumal schließlich nur eine Beihilfe zu der im Wege 'berichtigender' Auslegung des Unterschlagungstatbestandes bejahten betrügerischen Zueignung durch den Haupttäter angenommen wird (S. 77).

Sachbetrug und Amtsunterschlagung:

Die Tatbestandsmäßigkeit der Amtsunterschlagung nach einem Betrug in Zueignungsabsicht bejaht bei streng wörtlicher Interpretation des Unterschlagungstatbestandes RGSt 22, 306 (309) Es wird dort im Hinblick auf eine Betätigung des Zueignungswillens kurz eingeflochten, daß "übrigens ... auch Realkonkurrenz dieser Delikte durch den Sachverhalt ausgeschlossen" wäre. Ohne Tatbestandsmäßigkeit der Nachhandlung kann die Frage nach der Realkonkurrenz gar nicht auftauchen ²³⁾, da Realkonkurrenz Tatbestandsmäßigkeit voraussetzt. Deshalb kann hier nicht etwa aus der Ablehnung der Realkonkurrenz gefolgert werden, die Tatbestandsmäßigkeit sei ausgeschlossen worden.

RGSt 73, 6 (7) spricht deutlicher von "strafloser Nachtat zu dem vollendeten Betrug", und BGH NJW 1953, 1924 Nr. 24 ist der Ansicht, daß bei einem in Zueignungsabsicht erfolgenden Betrug eines Beamten die Betätigung des Zueig-

23) BOCKELMANN JZ 1960, 623 Anm. 10

nungswillens "eine straflose Nachtat darstellen würde".

Die erwähnten drei Entscheidungen können in ihrem Ergebnis insofern nicht gebilligt werden, als sie nicht Realkonkurrenz des Betruges mit Amtsunterschlagung annehmen: da die Nachtat der jeweils vertretungsbefugten Beamten nicht mehr das Eigentum der Opfer ihres Betruges, sondern das ihres Dienstherrn als neuen Rechtsgutträgers verletzt, entfällt die Straflosigkeit der Nachtat²⁴⁾. Aus diesem Grunde ist der Entscheidung RG JR (Rspr.) 1926 Nr. 1446, die Realkonkurrenz von §§ 263/350 bei einem vertretungsbefugten Beamten bejaht, ebenso beizutreten wie RGSt 68, 204 (209/210), wo im Fall eines nichtvertretungsberechtigten Beamten gesagt ist, es könne "wahrscheinlich die Aneignung des Geldes nichts anderes gewesen sein als eine straflose Nachtat zu einem vorher vom Angeklagten verübten Betruge".

- c) Zur Tatbestandsmäßigkeit der (Amts-)Unterschlagung nach einer in Zueignungsabsicht begangenen Untreue

Unter der Voraussetzung, daß eine Zueignung bereits bestehenden Gewahrsam des Täters erfordere, bejahen die Tatbestandsmäßigkeit der Unterschlagung nach Untreue in Bezug auf eine fremde bewegliche Sache in Form der "straflosen Nachtat" das Reichsgericht in Recht 1919 Nr. 1017 und der Bundesgerichtshof in BGHSt 6, 314 (316) und in BGHSt 8, 254 (260). In der letzten Entscheidung wird ausgeführt, daß "eine schon zu Beginn der Untreuehandlung geplante Zueignung ... nur als Ausnutzung des schon auf strafbare Weise erlangten Vermögensvorteils angesehen" werden müsse, wobei auf BGH GA 1955, 271 Bezug genommen wird. Dort war entschieden worden: "Die der Untreue nachfolgende Unterschlagung ist straflose Nachtat, wenn der Täter schon bei Begehung der Untreue den Willen hat, die erhaltenen Gegenstände für sich zu behalten" (Leitsatz S. 271).

- d) Zur Tatbestandsmäßigkeit der Unterschlagung nach einer Unterschlagung

Das Reichsgericht erklärt in Rspr. Bd. 10, 488 (489/490): "Das Wesen der Unterschlagung besteht ... in der rechtswidrigen Verletzung fremden Eigentums an einer im Besitz oder Gewahrsam des Täters befindlichen beweglichen Sache durch deren Zueignung ..ist dieser Wille einmal in äußerlich erkennbarer Weise manifestiert und damit die Eigentumsverletzung sowie das Vergehen der

24) Auf diese unterschiedliche Wirkung gegenüber der Nichtvertretungsbefugnis weist besonders SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 350 Rdn. 26 f hin.

Unterschlagung zur Vollendung gelangt, so können spätere Dispositionen, welche der Täter auf Grund der Anmaßung des fremden Eigentums und in Folge der Zueignungsabsicht über die von ihm besessene unterschlagene Sache trifft, mögen sie in einer Veräußerung, Verpfändung, Beschädigung oder substantiellen Vernichtung bestehen, nicht als neue selbständige Straftaten, sondern nur als weitere Ausführungsakte zur Verwirklichung des Unterschlagungsvorsatzes angesehen werden".

In der angeführten Entscheidung scheint zunächst die Wiederholbarkeit der Zueignung trotz eindeutiger Anwendung der Substanztheorie bejaht worden zu sein. Hält man sich aber vor Augen, daß sich das Reichsgericht mit diesem Urteil gegen die Verurteilung des Angeklagten durch die Vorinstanz wegen Unterschlagung und Sachbeschädigung in Realkonkurrenz wendet, so wird deutlich, daß sich die Wendung "nicht als neue selbständige Straftaten" nach dem Sachverhalt entscheidungserheblich nur auf die Sachbeschädigung oder "substantielle Vernichtung" bezieht. Es wurde allein § 303 geprüft. Im Leitsatz wird das jedenfalls ausgedrückt: "Ist die Unterschlagung durch Manifestierung des auf Zueignung gerichteten Willens vollendet worden, so kann in der späteren Vernichtung der unterschlagenen Sache durch den Täter der Unterschlagung eine neue selbständige Straftat nicht gefunden werden" (S. 488).

Der Aufnahme der Verpfändung und Veräußerung in die Gründe der Entscheidung kommt so nur die Bedeutung eines obiter dictum zu. Dieses obiter dictum kann nicht als Beweis für die Wiederholbarkeit der Zueignung angesehen werden, zumal auch von weiteren Ausführungsakten "zur Verwirklichung des Unterschlagungsvorsatzes" (wie er durch den Sachverhalt vorgegeben ist) gesprochen wird und der Plural "Dispositionen" durch die mehreren Beispiele bedingt ist.

Die hier in bezug auf RG Rspr. Bd. 10, S. 488 (489/490) vertretene Auffassung kommt deutlich in RG GA 50, 121 zum Ausdruck, wo die Straflosigkeit der Vernichtung einer gestohlenen Urkunde durch den Dieb begründet wird: "Als er den Schuldschein in Händen hatte, hat er diesen ... auf Grund eines ... neu gefaßten Entschlusses zerrissen". Diese neue Entschlußfassung ist aber gerade nach einer Zueignung bei der Substanztheorie nicht mehr möglich. Das Reichsgericht führt in der letztgenannten Entscheidung weiter aus: "Gleichwohl kann er, wenn er die von ihm weggenommene Sache kraft neuen Vorsatzes zerstört, ... nicht auch noch aus § 303 StGB ... bestraft werden. - Rechtspr. X. 488 -".

Besondere Beachtung verdient noch die Entscheidung RGSt 49, 16 (18), die sich unter Umständen als Beweis für die Wiederholbarkeit der Zueignung bei der Sachwerththeorie heranziehen läßt. Hier hatte der Angeklagte ein Rad unterschla-

gen und verkauft: "Der Angeklagte hat durch die Unterschlagung das Rad sich zugeeignet, d.h. das Rad seinem Sachwert nach dem eigenen Vermögen tatsächlich zugeführt und dementsprechend dem Vermögen des Eigentümers entzogen. Er hat einen Zustand hergestellt, der wirtschaftlich, wenn auch nicht rechtlich, ebenso zu beurteilen ist, wie wenn er das Eigentum an dem Rade erlangt, der andere es verloren hätte - RGSt 40, 10 (12) - ... Strafrechtlich erscheint ... die Veräußerung der unterschlagenen Sache nur als ... Fortsetzung des bereits durch die Bestrafung wegen Unterschlagung gesühnten Eingriffs in ein fremdes Vermögen und deshalb kann sie zur Herstellung des Tatbestandes einer neuen selbständigen strafbaren Handlung nicht beitragen. Das sogen. Verwertungsdelikt muß gegenüber dem Aneignungsdelikt ... straflos bleiben".

Insbesondere im Hinblick auf die in den Gründen zitierte, für die Sachwerttheorie bahnbrechende, Entscheidung RGSt 40, 12 gewinnen die Ausführungen des 1. Strafsenates des Reichgerichts an Bedeutung für die Wiederholbarkeit des Zueignungsaktes. BOCKELMANN²⁵⁾ hält - sicher angesichts der Formulierung "Herstellung ... des Tatbestandes" - die Begründung für eine Verquickung tatbestandlicher Fragen mit solchen der straflosen Nachtat. Da aber die die Straflosigkeit der Nachhandlung betonenden Wendungen weitaus überwiegen und der 1. Strafsenat auf Seite 19 in Anm. 1 fast ausschließlich Entscheidungen zur straflosen Nachtat anführt, läßt sich über die Einordnung seiner Entscheidung zumindest streiten, so daß die hier vorgenommene Deutung gerechtfertigt scheint.

Eindeutig wird die Wiederholbarkeit der Zueignung vom Bundesgerichtshof in MDR 1955, 17 f (1. Strafsenat) bejaht: "Von einer Bestrafung wegen Unterschlagung werden aber nur solche Handlungen als straflose Nachtaten mit umfaßt, in denen nichts weiter zum Ausdruck kommt als eine erneute Zueignung der unterschlagenen Sache. Verletzt eine Handlung nicht bloß nochmals das Eigentum an dieser Sache, sondern ein anderes Rechtsgut ..., so unterliegt sie besonderer Bestrafung, wenn sie - wie hier - einen strafbaren Tatbestand begründet".

Ebenso erklärt der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofes in GA 1955, 271 (272), durch die Bestrafung wegen Untreue würden "die Unterschlagungshandlungen mit abgegolten".

25) in JZ 1960, 623 Anm. 10

2. Verneinung der Tatbestandsmäßigkeit der Unterschlagung nach Betrug in Zueignungsabsicht und der (Amts-)Unterschlagung selbst

a) Zum Tatbestandsausschluß nach Sachbetrug

Das Reichsgericht verneint in einer einzigen Entscheidung - Recht 1926, 122 Nr. 336 - einwandfrei die Tatbestandsmäßigkeit der Unterschlagung nach einem in Zueignungsabsicht begangenen Betrug bei einem nicht vertretungsberechtigten Beamten: "Beabsichtigt der Beamte von vornherein, das durch die Täuschung erlangte Geld für sich zu behalten, so liegt nur Betrug vor, für nachfolgende Zueignung des Geldes durch Unterschlagung bleibt dann kein Raum" (RG II vom 7. Januar 1926). Der erkennende zweite Strafsenat hatte zuvor ²⁶⁾ die 'berichtigende' Auslegung des Unterschlagungstatbestandes anerkannt. Falls demnach die Zueignung schon in dem Betrug erblickt wurde, wäre die Entscheidung auf dem Boden der bis 1928 wenigstens dem Namen nach in der Judikatur herrschenden Substanztheorie folgerichtig ²⁷⁾.

b) Zum Tatbestandsausschluß nach (Amts-)Unterschlagung

In RG GA 59, 449 f hatte ein Schaffner der Reichsbahn Fahrkarten weggenommen und verkauft. Der 1. Strafsenat erklärt: "Wenn der Angeklagte ... die Fahrkarten ... unterschlagen hätte", wäre "die Annahme ausgeschlossen, daß der Angeklagte durch den Verkauf der Fahrkarten eine Unterschlagung begangen hätte. Hatte er den Besitz der Fahrkarten durch Unterschlagung erlangt ..., so konnten diese Fahrkarten nicht noch einmal Gegenstand der rechtswidrigen Zueignung ... werden" ²⁸⁾. In demselben Sinne äußert sich der 3. Strafsenat in RGSt 60, 371 (372): "Mit der Einverleibung des ... unterschlagenen Gegenstandes in das Vermögen des Täters, der Zueignung, erschöpft sich ... der rechtswidrige Erfolg der

²⁶⁾ Jahr 1924: RGSt 58, 229, 230

²⁷⁾ Für den Ausschluß des Tatbestandes der Unterschlagung nach Betrug in Zueignungsabsicht kann RGSt 70, 12 (13) nicht angeführt werden, obwohl dort ausgeführt wird: "An diesen 2 RM konnte der Angeklagte keine Unterschlagung mehr begehen, denn er hatte ihren Eigenbesitz durch eine Straftat erlangt ...". Das Tatobjekt war durch Betrug in das Eigentum des Täters übergegangen (vgl. S. 13), so daß Nachhandlungen gar nicht mehr problematisch werden konnten.

²⁸⁾ Der Entscheidung kann für die übrigen dort angeführten Fälle nicht beigespflichtet werden, vgl. unten S. 102

Tat ... Was der Täter durch sein Tun bereits erlangt hat, kann er sich nicht mehr zueignen, Strafbare Willensbetätigungen an oder mit der Sache nach dieser Richtung ... sind begrifflich ausgeschlossen". 29)

Besondere Betrachtung verdienen vier Entscheidungen des Reichsgerichtes (RGSt 29, 415 ff; RGSt 50, 46 ff; RG JW 1924, 1435 f und RGSt 70, 131 ff), die eindeutig die Wiederholbarkeit der Zueignung im Rahmen der Substanztheorie am Willensmoment scheitern lassen.

In RGSt 29, 415 (417 f) hatte der Angeklagte von einem fremden, in seiner Obhut befindlichen Sparkassenbuch unbefugt in zwei Raten das Guthaben abgehoben. Es wird untersucht, ob das Sparbuch unterschlagen worden sei und allgemein ausgeführt, zwei Unterschlagungen in bezug auf dieselbe Sache durch denselben Täter seien nur dann möglich, "wenn sie in Ausübung je eines besonderen, den subjektiven Tatbestand der Unterschlagung erfüllenden Vorsatzes vorgenommen worden sind". Das Reichsgericht fährt dann fort, es fehle an dieser Voraussetzung, wenn die erste Verfügung des Täters sich als Betätigung "eines auf dauernde Entziehung der Sache überhaupt gerichteten Zueignungswillens" darstelle, so daß der Täter die Sache nicht mehr als fremde, sondern als eigene behalte. In diesem Falle würde bei dem "zuständlichen Fortwirken der ... Zueignung für einen Vorsatz, von neuem dieselbe Sache zu unterschlagen, wie auch für die Ausführung solchen Vorsatzes, kein Raum bzw. kein Gegenstand mehr vorhanden" sein. Den weiteren Ausführungen des 2. Strafsenates kann nicht beigetreten werden (er bejaht Zueignung des Buches), da er mit zwei verschiedenen Zueignungsbegriffen arbeitet und mit dem Verzicht auf eine dauernde Entziehung der Sachsubstanz den *furtum usus* außer acht läßt 30).

In RGSt 50, 46 (51) hatten die Angeklagten einen Zehnmarkschein unterschlagen, indem sie den fremden Schein in einem Zimmer für einen gleichzeitig dort gestohlenen Zwanzigmarkschein als 'Ersatz' zurückließen. Einen Tag danach holten sie dann auch diesen zurückgelassenen Schein. Geprüft wird, ob der unterschlagene Zehnmarkschein Gegenstand eines Diebstahls sein könne; so lange könne der Schein "nicht Gegenstand einer neuen Enteignung ... sein, als das ... geschaffene Machtverhältnis aufrechterhalten wurde ... Anders, wenn der Täter ... die angemessenen Befugnisse derart erschöpfend ausgeübt hat, daß, wäre er wirklich Eigentümer ... sein Recht an der Sache beendet wäre.

29) Der Entscheidung kann für die übrigen dort angeführten Fälle nicht beigetreten werden, vgl. unten S. 102 f.

30) Ausführlich Graf GLEISPACH, S. 34 (indirekte Anerkennung des Sachwertes als Zueignungsgegenstand); vgl. auch SAERBECK, S. 58

Dann sind die ... begründeten, eigentumsähnlichen Beziehungen beendet und es ist die wiederholte und strafbare Zueignung möglich". Das treffe in dem vorliegenden Fall aber zu, "da die ... Zueignung nach dem Willen der Täter dadurch ihr Ende fand, daß sie sich der Sachen entäußerten". Da das Reichsgericht eindeutig mit der Substanztheorie arbeitete, prüfte es auch das Ausgeben des gestohlenen Scheines nicht.

In RG JW 1924, 1436 hatte der Angeklagte in sieben Fällen eine ihm leihweise überlassene Wohnungseinrichtung sicherungsübereignet. Das Reichsgericht erachtet dies einer Verpfändung gleich: Habe der Beschwerdeführer "durch die Verpfändung der Sachen in Betätigung seines auf die dauernde Entziehung der Sachen gerichteten Zueignungswillens die Absicht zu erkennen gegeben, ... sie als eigene zu behalten, so hat er sie sich endgültig zugeeignet und es ist damit für eine weitere, an den gleichen Sachen ... begangene Zueignung und damit für die Annahme einer Unterschlagung kein Raum mehr" ³¹⁾.

3. Zusammenfassung und Ergebnis der Rechtsprechung zur Unterschlagung (Zueignung) im Zeitpunkt der Verwertung der fremden beweglichen Sache

Als Ergebnis der Rechtsprechung, die bisher zum Zeitpunkt der Verwertung einer rechtswidrig erlangten Sache untersucht wurde, kann zusammenfassend festgehalten werden: In bezug auf Diebstahl allein wurde die Verwertungshandlung stets als im Tatbestand der Unterschlagung zur Vollendung gelangende Zueignung angesehen, die jedoch als nicht selbständig strafbar, als straflose Nachtat, eingestuft wurde. Ebenso urteilten die Gerichte bei Sachbetrug und bei Untreue durch Erlangung einer fremden beweglichen Sache in Zueignungsabsicht. Bei der Bejahung tatbestandlich nachfolgender Amtsentziehung wurde oft der Wirkung vorhandener Vertretungsbefugnis des Täters nicht gebührende Beachtung geschenkt.

Für die Wiederholbarkeit der Zueignung läßt sich unter Umständen RGSt 49, 16 ff auf Grund der dort vertretenen Sachwerttheorie und den ohne Zweifel überwiegenden Formulierungen heranziehen, mit denen üblicherweise ausschließlich die Strafbarkeit tatbestandsmäßigen Verhaltens nach den Regeln der Gesetzeskonkurrenz verneint wird. Eindeutig bejaht der Bundesgerichtshof wiederholte Zueignung in MDR 1955, 17 f und in GA 1955, 271 f; die herrschende Vereinigungstheorie, der er auch in seiner Rechtsprechung folgt, wird allerdings nicht besonders erwähnt.

31) Zustimmungende Anmerkung zu ds. Entsch. von KÖHLER, JW 1924, 1435, vgl. oben S. 33 f.

Nach Sachbetrug verneint das Reichsgericht nur einmal (RG Recht 1926, 122 Nr. 336) eine erneute Zueignung. Dagegen hat es mehrfach ausgesprochen, daß nach (Amts-)Unterschlagung wiederholte Zueignungsakte begrifflich unmöglich sind. Hier verdienen besonders die Entscheidungen RGSt 29, 417 f; RGSt 50, 51 und RGSt 76, 134 Aufmerksamkeit, da sie die erneute Zueignung derselben fremden Sache durch denselben Täter vom Täterwillen abhängig machen. Die erwähnten Entscheidungen werden als Beleg für die in dieser Arbeit vertretene Ansicht beansprucht, daß die Wiederholbarkeit der Zueignung nur bei der Sachwerttheorie durch die verschiedenen Willensmomente möglich wird, während sie auf dem Boden der Substanztheorie infolge ihrer Wesensbestimmung aus begrifflichen Gründen am Vorsatz scheitern muß.

Es ist auffallend, daß die Rechtsprechung immer dann sorgfältig vermied, den Tatbestand der Unterschlagung bis zum Genügen von Gleichzeitigkeit der Gewahrsamerlangung und Zueignung auszulegen, wenn die Verwertung der Diebesbeute durch den Dieb geprüft wurde. Die sich aus einer solchen Auslegung für das Verhältnis der §§ 242/246 ergebenden Konsequenzen dürften auch die Ablehnung der 'berichtigenden' Auslegung im Zusammenhang mit § 242 durch RGSt 53, 308 erklären, obwohl das Reichsgericht seit RGSt 49, 194 grundsätzlich die sogenannte Fundunterschlagung als von § 246 erfaßt erachtete. Daß die Judikatur hin und wieder einen Schritt weiter ging, wenn Sachbetrug oder Untreue in Zueignungsabsicht zur Untersuchung standen, indem sie in solchen Fällen das Ergebnis auch auf den Tatbestand des Diebstahls mitübertrug, wird sich bei den im folgenden dargelegten Entscheidungen offenbaren. Da diese aber alle mit einem Fehler behaftet sind, wurde ihnen ein gesondertes Kapitel zugewiesen.

III. Dogmatisch fehlerhafte und in der Begründung widersprüchliche Entscheidungen

1. RGSt 15,426ff als Ursache aller Mißverständnisse

Der 2. Strafsenat des Reichsgerichtes hatte im Jahre 1887 - RGSt 15, 426 ff - einen Fall zu entscheiden, in dem sich der Angeklagte den Besitz von Wertpapieren in Zueignungsabsicht erschwindelt und davon später den größten Teil zu Bargeld gemacht hatte.

Der Senat erklärt, die Unterschlagung sei nicht auf solche Fälle beschränkt, "in denen der Gewahrsam auf andere Weise als durch eine strafbare Handlung erlangt worden ist". Das ergebe sich sowohl aus § 246 StGB als auch aus den Moti-

ven zu § 246. Wörtlich wird dann eine Stelle ³²⁾ aus den Motiven wiedergegeben (S. 428) und fortgefahren: "Wie das speziell hervorgehobene Beispiel der dieblichen Absicht ergibt, haben die Motive den Fall im Auge, in welchem der Täter, indem er den Besitz oder Gewahrsam sich durch eine strafbare Handlung beschafft, durch diese Handlung zugleich die Absicht der rechtswidrigen Zueignung betätigt. In diesem Fall kann allerdings der juristische Charakter der strafbaren Handlung, durch welche der Besitz oder Gewahrsam erlangt ist, durch weitere Betätigung des Zueignungswillens nicht mehr geändert werden, und es läßt sich eine Unterschlagung an der Sache, welche der Täter sich schon durch die strafbare Handlung (Diebstahl, Betrug, Erpressung cc.) zugeeignet ³³⁾ hat, nicht konstruieren".

Diese Ausführungen des 2. Senates beziehen sich ausschließlich auf den Zeitpunkt der Gewahrsamserlangung ³⁴⁾. Sie besagen, daß sich in die Erlangung des Gewahrsams nicht noch nachträglich aufgrund weiterer Handlungen des Täters eine Unterschlagung - für die bereits bestehender Gewahrsam gefordert wird - konstruieren läßt. Der Senat bewegt sich nun allerdings mit seiner Vermutung, die Hervorhebung der "dieblichen Weise" in den Motiven habe indizielle Bedeutung für den Fall der Besitzerlangung ohne Zueignungsabsicht, in falschen Geleisen. Die Betonung der "dieblichen Weise" erklärt sich in erster Linie durch die juristische Vermögenstheorie ³⁵⁾, nach der die Besitzerlangung in Zueignungsabsicht durch Betrug und Erpressung nur bei Eigentumsübergang strafbar sein konnte, selbst wenn Zueignungsabsicht vorhanden war. Ohne Eigentumsübergang war die Besitzerlangung nur bei Gewahrsamsbruch strafbar, wenn sie eben in "dieblicher Weise" erfolgte. Ebensowenig wie bei der Gewahrsamserlangung durch Diebstahl gleichzeitig Unterschlagung vorliegen konnte, konnte die tatbestandslose Besitzbegründung in Zueignungsabsicht Unterschlagung sein - was auch aus der Ansicht des Gesetzgebers zur sogenannten Fundunterschlagung ³⁶⁾ erhellt.

Die Motive, die der 2. Senat wörtlich in den Entscheidungsgründen zitiert, sprechen immer nur von Besitzerwerb oder Besitzerlangung, nie aber von Zueignung in diesen Zeitpunkten - eine Ausdrucksweise, die deshalb völlig konsequent ist, weil der Gesetzgeber für eine Unterschlagung (Zueignung) von dem Erfordernis bereits bestehenden Gewahrsams ausging. Dem 2. Strafsenat unterläuft hiergegen bei seiner Beurteilung des Zeitpunktes der Gewahrsamserlangung trotz der auch von ihm vertretenen Ansicht, Zueignung

32) s. oben S. 7

33) Sperrungen vom Verfasser

34) Ebenso BOCKELMANN, JZ 1960, 623 Anm. 10; er beanstandet die Ausführungen des 2. Strafsenates in diesem Punkt nicht.

35) Vgl. oben S. 9

36) Vgl. oben S. 8

setze bereits bestehenden Gewahrsam voraus, der Fehler, von einer Zueignung durch Diebstahl, Betrug oder Erpressung zu sprechen, Das war zum Beispiel in RGSt 10, 257 ff noch sorgfältig vermieden worden: "Der Tatbestand der Unterschlagung wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Besitzergreifung eine unberechtigte war. Nur darf sie nicht den Tatbestand einer anderen strafbaren Handlung begründen, insbesondere ... nicht eine diebische sein. Ist dies nicht der Fall, ... so ist es ... gleichgültig, ob die Besitzergreifung von vornherein mit der auf rechtswidrige Zueignung der Sache gerichteten Absicht erfolgte. Auch in diesem Fall erscheint die Besitzergreifung an sich nicht strafbar" (S. 261/262).

Indem der 2. Senat von einer Zueignung statt von Besitzergreifung spricht, gelangt er zu dem unhaltbaren Ergebnis zweier Zueignungsbegriffe im Bereich der Vermögensdelikte. Der eine Begriff der Zueignung fußt zwar auf der Substanztheorie, läßt aber die in § 246 umschriebenen Voraussetzungen der Zueignung außer acht. Der andere Zueignungsbegriff ist der, wie er dann allein gesetzlich vorgegeben ist, wenn man - wie der 2. Senat auch - bereits bestehenden Gewahrsam des Täters an der Sache für eine Zueignung nach § 246 Abs. 1 als unerläßlich erachtet. Legt man den Unterschlagungstatbestand nicht so aus, daß die Zueignung mit der Erlangung des Gewahrsams zugleich erfolgen kann - und damals war eine solche Auslegung im Zeichen der subjektiven Auslegungstheorie, die dem Willen des Gesetzgebers entscheidende Bedeutung beimaß, nicht möglich -, muß § 246 Abs. 1, 1. Alternative notwendig durch die erste nachfolgende Handlung (Verkauf der Wertpapiere) erfüllt werden. Es erscheint allerdings fraglich, ob der 2. Senat sich überhaupt bewußt war, daß er Zueignung bei Diebstahl, Betrug oder Erpressung angenommen hatte. Für diesen Zweifel können drei Gründe angeführt werden:

- a) Dem Senat gab nur die Annahme des ersten Richters, "daß neben dem Betrüge eine durch eine selbständige Handlung verübte Unterschlagung vorliege", zu "Bedenken Anlaß" (S. 427).
- b) Die Annahme einer Realkonkurrenz bei Betrug ohne Zueignungsabsicht wäre nach Ansicht des Senates deshalb nicht zu beanstanden, weil sich dann "allerdings die Unterschlagung als eine von dem Betrüge völlig getrennte Handlung darstellen" würde (S. 427).
- c) Es wird für den Fall eines Betruges ohne Zueignungsabsicht (S. 428) ausgeführt: wenn der Gesetzgeber "eine Unterschlagung, die mit einer früheren Straftat kein Tatbestandsmoment gemein hat, als mit jener früheren Straftat absorbiert" angesehen hätte, müsse das dem Gesetz zu entnehmen sein. - Hier ließe sich leicht schließen, daß

der Senat die Unterschlagung nur dann als "absorbiert" ansah, wenn bei der früheren Straftat Zueignungsabsicht vorliegt - was wiederum Tatbestandsmäßigkeit der Unterschlagung voraussetzt, da die Frage nach der "Absorbierung" der Unterschlagung sonst gar nicht auftauchen würde.

Aus den angeführten Gründen haben denn auch die Darlegungen des 2. Senates zu der Nachhandlung des Täters, der "Versilberung" der Wertpapiere, als Beleg für den tatbestandlichen Ausschluß von § 246 einen zweifelhaften Wert. Es wird gesagt: bei Betrug in Zueignungsabsicht "wäre aber der Aneignungswille schon durch den betrügerischen Besitzerwerb betätigt, und es bliebe für die Annahme einer Unterschlagung kein Raum" (S. 429). Diese weitgezogene Formulierung läßt auch die Deutung zu, daß wohl für die Annahme der Zueignung, aber nicht für die einer (strafbaren) Unterschlagung Raum bleibe. Ganz gleich, welcher Meinung man in diesem Punkte sein mag, es läßt sich nicht leugnen, daß mit der 'Zueignung' bei Betrug, Erpressung und Diebstahl ein Fehler begangen wurde. Die Zueignung ist als reiner Rechtsbegriff in § 246 Abs. 1 vorgegeben worden, allein hier sind die Voraussetzungen genannt, unter denen ein Zueignungswille gefaßt und betätigt werden kann.

Wie sich zeigen wird, hat der 2. Strafsenat mit dem einen Wort "zugeignet" die Ursache dafür gesetzt, daß sich die Reichsgerichtsrechtsprechung³⁷⁾ immer wieder in Widersprüche verwickelte, bis dann schließlich auch der Große Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofes die mit RGSt 15, 426 entstandenen Ungereimtheiten nicht zu überwinden vermochte.

37) In der Lehre hatte wohl einzig OPPENHOFF (§ 242 Anm. 30) die Ansicht von RGSt 15, 426 übernommen (anders noch in: Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, Berlin 1871, § 246 Anm. 38).

In der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte findet sich noch BayObLG JR (Rspr.) 1925, Sp. 304 (306). Dort wird ohne Zitat und ohne nähere Erläuterung gesagt: "Wenn der Angeklagte das Geld schon bei der Empfangnahme sich rechtswidrig zueignete, so bestand für eine spätere Zueignung keine Möglichkeit mehr, andererseits stellte aber die sofortige rechtswidrige Zueignung keine Unterschlagung dar, da diese begrifflich verlangt, daß die Zueignung der Erlangung des Besitzes oder Gewahrsams nachfolgt".

2. Die auf RGSt 15, 426 ff beruhenden Reichsgerichtsentscheidungen

Die erste Entscheidung, die auf den Ausführungen von RGSt 15, 426 beruht, erging im Jahre 1906 mit RGSt 39, 239 (243 f) durch den 5. Strafsenat. Hier hatte die Angeklagte Sparkassenbücher in der Absicht weggenommen, davon abzuheben. Zunächst wird gesagt, der Diebstahl sei mit der Wegnahme vollendet gewesen. Wenn die Angeklagte diese Werte in Verwirklichung jener ihrer Zueignungsabsicht ... ausnutzte, so kann darin kein neuer, sondern ein fortgesetzter, aber bereits durch die Bestrafung des Diebstahls zur Sühne gebrachter Eingriff in fremdes Eigentum erblickt werden. "Jedenfalls sei es nicht Absicht des Gesetzes, "einen solchen Akt der Verwertung des gestohlenen Gutes als neues selbständiges Vergehen unter Strafe zu stellen". Während dann noch einmal von einer Mehrzahl von "selbständigen Handlungen" gesprochen wird, folgt eine Begründung, die nicht mehr auf die Strafbarkeit (Selbständigkeit) der Verwertungshandlung abstellt, sondern auf die Tatbestandsmäßigkeit: "Für die Annahme einer nochmaligen Zueignung der Sache, die sich der Täter schon durch den Diebstahl zu eigen gemacht hat, ist kein Raum, die Verurteilung wegen Diebstahls erschöpft die Strafbarkeit der Zueignung schlechthin" (S. 244). Bezug genommen wird auf RGSt 15, 426 und auf RG Rspr. 10, 488 (wo nur die Straflosigkeit der Nachtat begründet wird).

Mit RGSt 42, 420 ff ergänzte der 5. Strafsenat 1909 die Ausführungen von RGSt 15, 426 zur 'Zueignung' durch Diebstahl, Betrug oder Erpressung für die Untreue. Der Angeklagte hatte Forderungen für seinen Machtgeber in Zueignungsabsicht eingezogen. Unterschlagung im Moment der Empfangnahme wird mit dem begrifflichen Erfordernis schon bestehenden Gewahrsams abgelehnt. Aber "auch eine spätere ... Betätigung der Aneignungsabsicht würde den Tatbestand einer Unterschlagung nicht verwirklichen können. Denn im strafrechtlichen Sinne hat die Aneignung ... bereits mit der Vollendung der Untreue stattgefunden. Für eine nochmalige Aneignung ... ohne vorgängigen Wiederverlust bleibt begrifflich kein Raum. Die Verurteilung wegen Untreue ... erledigt ... die Strafbarkeit der Zueignung überhaupt, so daß weitere Einzelhandlungen ... nicht gleichzeitig noch als Grundlage für eine ferner auf rechtswidrige Zueignung gestützte strafbare Handlung in Betracht kommen" (S. 421/422). Als aufschlußreiche Ergänzung wird schließlich angeführt, es greife derselbe Gesichtspunkt Platz, unter dem das Reichsgericht die Möglichkeit verneint habe, daß Betrug mit Unterschlagung "einheitlich" zusammentreffen könne. Bezug genommen wird auf RGSt 15, 426;

RGSt 39, 239 und die nur die Strafbarkeit verneinenden Entscheidungen RGSt 35, 64; RG GA Bd. 50, 121; RG Rspr. 10, 488.

In der widersprüchlichen Begründung der Straflosigkeit bei Untreue von RGSt 42, 420 verdingt sich unter Bezug auf diese Entscheidung RG JW 1938 Nr. 11 S. 2336 (2337). Dort wird bei parallelem Sachverhalt "Aneignung ... in strafrechtlichem Sinne bereits mit der Vollendung der Untreue" und Unterschlagung als "straflose Nachtat" angenommen. Hier ist unklar, was gemeint ist: Zueignung bei Vollendung und wiederholte Zueignung durch Unterschlagung oder nur Zueignung durch die Nachtat, jedoch mit Rücksicht auf die Bewertung der Vortat nicht strafbar. Das letztere ist naheliegender, da die Wendung "Aneignung ... in strafrechtlichem Sinne" wörtlich RGSt 42, 420 entnommen ist.

Der 1. Strafsenat entschied 1911 - RG GA 59, 449 f -, daß nach einem Diebstahl "die Annahme ausgeschlossen wäre, daß der Angeklagte durch den Verkauf ... eine Unterschlagung begangen hätte. Hatte er den Besitz der Fahrkarten durch Unterschlagung oder Diebstahl erlangt, so konnten diese Fahrkarten nicht noch einmal Gegenstand der rechtswidrigen Zueignung für den Angeklagten werden. Entsch. 15, 426". Es ist dies - soweit ersichtlich ³⁸⁾ - die einzige Entscheidung, in der nur Unterschlagung oder Diebstahl geprüft wurde und - wenn auch nur hilfsweise - Zueignung durch Diebstahl bejaht wird.

Das nächste Glied in der Kette nach RGSt 15, 426 bildet RG GA Bd. 68, 280 (281) = DJZ 1920, Sp. 153 f (2. Strafsenat 1919). Es wird ein in Zueignungsabsicht begangener Betrug erörtert und die Annahme der Vorinstanz beanstandet, daß der Angeklagte sich einer Unterschlagung "schuldig gemacht" habe. Eindeutig wird von dem Erfordernis bereits bestehenden Gewahrsams bei § 246 ausgegangen ("in seinem Besitze befindlichen ... Sache"). Dann scheint der Senat mit der Verneinung einer "selbständigen Unterschlagung" folgerichtig die Zueignung in der Nachhandlung zu erblicken - worauf auch die zitierte Entscheidung RGSt 10, 261 und der Leitsatz "Straflosigkeit der Nachtat (Teilung der Beute aus Betrug ist keine selbständige Unterschlagung)" hinzuweisen scheint - und stellt anschließend dennoch fest, Unterschlagung sei nach Aneignung durch eine andere strafbare Handlung schon "begrifflich ausgeschlossen". Auch der Dieb könne sich die Sache nachher nicht "noch durch Unterschlagung besonders zueignen ... RGSt 15, 428". Die Entscheidung enthält Widersprüche, und es kann aus diesem Grunde BOCKELMANN nicht beigeipflichtet werden, wenn er sie als "eindeutig für Tatbestandsausschluß" anführt ³⁹⁾.

³⁸⁾ Vgl. jedoch auch RGSt 60, 371 f; unten S. 103

³⁹⁾ in JZ 1960, 623 Anm. 10 - falsch zitiert (als DJZ 1925 statt 1920) - unter Bezug auf den richtig zitierenden HONIG (S. 110 f)

Der 3. Strafsenat spricht in RGSt 60, 371 (372) ⁴⁰⁾ mit Gültigkeit auch für Diebstahl, Betrug und Erpressung zur Unterschlagung aus, es seien "nach der Rechtsprechung des Reichsgerichtes ... durch die Bestrafung wegen eines Eigentumsvergehens" bestimmte Handlungen mit "abgegolten". "Mit der Einverleibung des ... Gegenstandes ... in das Vermögen ..., der Zueignung, erschöpft sich der wirtschaftliche Inhalt und der rechtswidrige Erfolg der Tat ... Was der Täter durch sein Tun erlangt hat, kann er sich nicht mehr zueignen. Strafbare Willensbetätigungen ... in dieser Richtung sind begrifflich ausgeschlossen. Dahin gehört die Verwertung Beschränkt sich der Täter darauf, so liegt nur eine straflose Nachtat vor ... Dagegen scheiden für den Kreis der straflosen Nachtat alle weiteren Handlungen des Täters aus, die außerhalb des Bereiches liegen, was lediglich Zueignung sein würde, wenn diese nicht schon durch sein vorausgegangenes Tun erfolgt wäre ... RGSt 54, 80 (81) und die dort angeführten früheren Entscheidungen". RGSt 54, 81 spricht jedoch nur vom Grundsatz des "sogenannten Verwertungs deliktes" und beruft sich selbst neben eindeutigen Entscheidungen zur straflosen Nachtat (zum Beispiel RGSt 35, 64) auf RGSt 39, 239, wo auf RGSt 15, 426 aufgebaut wird.

Der 3. Strafsenat zieht später in HRR 1928 Nr. 1538 die Konsequenz aus seiner Ansicht auch für die Amtsunterschlagung als Spezialdelikt von § 246: Es würde an einem "Zueignungsakt des Täters an der in seinem Besitz ... befindlichen Sache" fehlen, "wenn er schon mit der Übergabe ... Eigenbesitz daran erlangt, die Sache also schon mit dem Empfang ... tatsächlich in sein Vermögen gebracht" hätte. Für eine nochmalige Zueignung würde dann "kein Raum mehr sein", es würde "nicht Amtsunterschlagung, sondern Betrug vorliegen. Der spätere ... Verbrauch der Gelder würde sich als straflose Nachtat darstellen (RGSt 60, 371, 372)". Angesichts dieser sich gegenseitig aufhebenden Wendungen nimmt es nicht wunder, daß den Senat die Vertretungsbefugnis des Beamten nicht zur Annahme von Real Konkurrenz bewegen konnte.

Schließlich bedarf noch RGSt 61, 37 (38) der Erwähnung. Dort wird in rechtlicher Hinsicht sowohl der Ansicht der Vorinstanz, wie überhaupt den von ihr "erwähnten Entscheidungen" zugestimmt, wenn auch der erkennende 2. Strafsenat im konkreten Fall aus tatsächlichen Gründen zu einer anderen rechtlichen Würdigung des Sachverhaltes gelangte. Die Vorinstanz hatte angenommen, der Angeklagte habe sich Gelder "bereits durch sein betrügerisches Verhalten ... zugeeignet ..., mithin sei die Betätigung des Zueignungswillens ... der

40) = Recht 1926 Nr. 745 = DRiZ 1927 Nr. 161

Erlangung ... des Gewahrsams ... nicht nachgefolgt und könne nicht nochmals in den nach vollendetem Betrüge vorgenommenen Amtspflichtverletzungen gefunden werden. Das widerspreche dem allgemeinen Begriff der Unterschlagung (RGSt 22, 306; 15, 426), also auch der Amtsunterschlagung". - In RGSt 22, 306 wird jedoch nur Realkonkurrenz verneint, nicht die Tatbestandsmäßigkeit der Unterschlagung.

Die dargelegte Rechtsprechung fand ihren vorläufigen Abschluß - der die Dringlichkeit einer Klärung der Widersprüche nur noch deutlicher machte - in der Entscheidung BGH NJW 1953, 33 Nr. 18. Ausgehend vom Erfordernis bereits bestehenden Gewahrsams für (Amts-)Unterschlagung lehnte der 4. Strafsenat hier die Anwendung von § 350 bei Betrug in Zueignungsabsicht ab. Schon bei der Erlangung der Sache sei "die Absicht rechtswidriger Zueignung kundgetan". Es sei deshalb "eine Unterschlagung ... ausgeschlossen, weil jede weitere Betätigung des Zueignungswillens nur die Ausnutzung der durch die Straftat geschaffenen Lage darstelle". Zunächst scheint also nur eine straflose Nachtat angenommen zu sein. Am Ende der Begründung wird jedoch erklärt: "Die Ansicht des LG, der Angeklagte habe sich die Summe erst zugeeignet, als er sie ... für sich verbrauchte, läßt sich mit den Tatfeststellungen nicht vereinbaren". Der Beschwerdeführer habe "mit diesen Handlungen seinen Zueignungswillen weiterhin betätigt, durch sie wird die rechtliche Natur des zuvor verübten Betruges jedoch nicht verändert". - Die Ungereimtheiten sind auch hier auf die zitierten Entscheidungen zurückzuführen, die alle etwas anderes aussagen: RGSt 61, 37 schließt sich RGSt 15, 426 an -- RGSt 22, 306 lehnt nur Realkonkurrenz ab, und in RGSt 70, 13 lag schließlich ein Betrug, bei dem Eigentum übertragen wurde, vor.

3. Zusammenfassung und Ergebnis der auf RGSt 15, 426 beruhenden Rechtsprechung

Alle in diesem Kapitel besprochenen Entscheidungen ⁴¹⁾ beziehen sich zumindest mittelbar auf RGSt 15, 426. Für die Beurteilung des Zeitpunktes der Gewahrsamerlangung durch Diebstahl und Sachbetrug, Sacherpressung sowie Untreue in bezug auf eine fremde bewegliche Sache sind diese Entscheidungen nicht verwertbar: sie bejahen Zueignung bei der Erlangung des Gewahrsams (wie RGSt

41) RGSt 39, 239 - RGSt 42, 420 - RG JW 1938, 2336 Nr. 11 - RG GA 59, 449 - RG GA 68, 280 = DJZ 1920 Sp. 153 - RGSt 60, 371 = Recht 1926 Nr. 745 = DRiZ 1927 Nr. 161 - RG HRR 1928 Nr. 1538 - RGSt 61, 37 - BGH NJW 1953, 33 Nr. 18

15, 426) und lehnen gleichzeitig die mit der Zueignung begrifflich identische⁴²⁾ Unterschlagung ab, weil nicht bereits Gewahrsam bestand. So werden nirgends die Voraussetzungen beachtet, unter denen allein sich nach dem Gesetz ein Zueignungswille manifestieren kann und die bei streng wörtlicher Auslegung des Tatbestandes der einfachen Unterschlagung den Zueignungsakt - als einen rein rechtlichen Begriff - von einem bereits bestehenden Herrschaftsverhältnis abhängig machen. Hatte die Rechtsprechung aber allein zu beurteilen, ob eine Zueignung durch Diebstahl vorliegt, wurde in so gut wie allen Fällen⁴³⁾ immer nur versucht, im Tatbestand der Unterschlagung zur Vollendung gelangende Zueignung angenommen. Daß dies nicht beachtet wurde, hatte bei den anderen Delikten, durch die ebenfalls Gewahrsam an einer fremden beweglichen Sache in Zueignungsabsicht erlangt werden kann, zur Folge, daß die Ausführungen zur Verwertungshandlung stets auf einer falschen Voraussetzung beruhen. Sofern die Tatbestandsmäßigkeit aus begrifflichen Gründen oder (undeutlicher) das Delikt mit dem Argument, es sei dafür "kein Raum", abgelehnt wurde, geschah das bei zugrundegelegter Substanztheorie eine Phase zu früh, nämlich schon bei der Erlangung der Sache und nicht erst danach.

Manchen der erwähnten Entscheidungen scheint das nicht entgangen zu sein, da dort trotz Annahme einer Zueignung durch das Vordelikt, gleichzeitiger Ablehnung von 'Unterschlagung' und begrifflichem Ausschluß der Nachhandlung von einer "straflosen Nachtat" die Rede ist⁴⁴⁾. So führte jene unhaltbare 'Phasenverschiebung' zur Vermengung der heterogenen Gesichtspunkte: Tatbestandsmäßigkeit und Strafbarkeit tatbestandsmäßigen Verhaltens. Daß die meisten jener Entscheidungen sich sowohl auf tatbestandsausschließende als auch auf solche Rechtsprechung beziehen, die lediglich die Strafbarkeit unter Konkurrenzgesichtspunkten verneint, hat zu ihrer widersprüchlichen Begründung sicher beigetragen. Die hier behandelte Problematik beruht wesentlich auf RGSt 15, 426, da in dieser Entscheidung - und sei es auch nur in Form eines dogmatischsprachlichen lapsus geschehen - auch Zueignung ohne 'berichtigende' Auslegung des Unterschlagungstatbestandes schon im Zeitpunkt der Gewahrsamserlangung angenommen wurde. Wäre dem 2. Senat dieser Fehler bei der Begründung der Straflosigkeit einer Nachhandlung nicht unterlaufen, hätten Rechtsprechung und Lehre wohl schwerlich immer wieder bei Ablehnung 'berichtigender' Auslegung von § 246 an der Tatbestandsmäßigkeit der Verwertungshandlung

42) Vgl. oben S. 12

43) Zu einer Ausnahme s. oben S. 102; auch hier zeichnet aber RGSt 15, 426 verantwortlich.

44) RGSt 60, 371; RG HRR 1928 Nr. 1538; RG JW 1938, 2336 Nr. 11

gezweifelt. Der Tatbestand der Amtsunterschlagung hätte so bei Vertretungsbefugnis des Beamten stets zum Zuge kommen können. Wie die Überprüfung der Rechtsprechung erkennen läßt, sind auch in der Praxis kaum Fälle akut geworden, die mehrere Verwertungshandlungen zum Problem werden ließen. Es handelte sich stets darum, die erste zu beurteilen, in der sich ein Zueignungswille manifestierte.

Unglücklich hat sich ausgewirkt, daß die Strafsenate die jeweils zu entscheidende Rechtsfrage nur isoliert behandelt haben. Es wurde entweder nur die Frage der Vollendung des Diebstahls oder die der Fundunterschlagung oder die der Zueignungsabsicht bei der Entwendung eines Sparkassenbuches geprüft oder - bestenfalls - nur an Hand der 'berichtigenden' Auslegung von § 246 entschieden, ob Zueignung durch Betrug vorliegt oder nicht ⁴⁵⁾.

Die Konsequenzen, die sich aus den Entscheidungen für das Gefüge der Vermögensdelikte ergeben mußten, fanden keine weitere Beachtung.

Es wird nicht verkannt, daß die Betrachtung nur der zu entscheidenden Rechtsfrage von der Praxis bestimmt ist. Dennoch wäre durch Koordinierung der im Komplex der Vermögensdelikte zusammenfließenden und gewonnenen Teilerkenntnisse im Laufe der Zeit mancher Widerspruch zu vermeiden gewesen. So kam es schließlich zum Vorlegungsbeschluß des 5. Strafsenates des Bundesgerichtshofes, dessen Beantwortung durch den Großen Senat für Strafsachen des Bundesgerichtshofes in BGHSt - GrSen - Bd. 14 S. 38 ff im folgenden besprochen werden soll.

IV. Kritik an der Entscheidung des Großen Senates des Bundesgerichtshofes für Strafsachen vom 7. Dezember 1959 ⁴⁶⁾

Der Entscheidung BGHSt - GrSen - Bd. 14, S. 38 ff liegt folgender Sachverhalt zugrunde: Ein Beamter hatte unter Vortäuschung der entsprechenden Befugnis Forderungen seines Dienstherrn eingezogen. Er hatte dabei die Absicht, das so erlangte Geld für sich zu verbrauchen; das geschah dann auch.

Die rechtliche Würdigung des Verhaltens des Beamten wird mit der Klärung zweier Vorfragen begonnen. Nach der Feststellung, daß der Tatbestand der Amtsunterschlagung lediglich eine Qualifikation von § 246 StGB ist, wird zur zweiten

45) So in RG JW 1934, 486 Nr. 15; RGSt 67, 70; RG DJ 1938, 1880

46) BGHSt - GrSen - Bd. 14 S. 38 ff = NJW 1960, 684 ff = BGH LM Nr. 12 zu § 350 StGB

Vorfrage ausgeführt: "Der vorlegende Senat will das angefochtene Urteil dahin verstanden wissen, die Strafkammer habe 'ohne Rechtsirrtum' die Zueignung durch den Angeklagten allein darin gesehen, daß er die ... Gelder für sich verbrauchte. Dem liegt ersichtlich die Erwägung zugrunde, daß der schon bei der Empfangnahme vorhandene Wille des Angeklagten zum eigenen Verbrauch für die Annahme einer Zueignung im Sinne der §§ 246, 350 StGB deshalb nicht ausreiche, weil er nicht durch eine nach außen erkennbare Handlung betätigt worden sei. Der Zueignungswille ist jedoch ohne weiteres aus dem Vortäuschen der Einziehungsbefugnis erkennbar. Auf die Eindeutigkeit dieser Täuschungshandlung ... kommt es nicht an ... Die Entscheidung ist hiernach nicht abhängig von der Auslegung, die der vorlegende Senat dem angefochtenen Urteil geben will". (S. 41)

Der Große Senat erklärt einerseits, daß die Bejahung einer Zueignung durch den Betrug das Vorliegen einer "Zueignung im Sinne der §§ 246, 350 StGB" voraussetzt. Die Untersuchungen werden jedoch andererseits mit der Feststellung beendet, auf die Eindeutigkeit der Täuschungshandlung komme es nicht an. Die Entscheidung, ob eine Zueignung durch Betrug gegeben ist, hängt nun aber nicht allein vom Vorliegen eines geeigneten Manifestationsaktes ab, da es außer mangelnder Manifestation des Zueignungswillens noch einen anderen Grund gibt, der den 5. Strafsenat zu seiner Rechtsansicht bewogen haben kann, der Wille zum eigenen Verbrauch der Gelder reiche bei der betrügerischen Empfangnahme für die Annahme einer Zueignung im Sinne der §§ 246, 350 nicht aus. Dieser andere Grund liegt dann vor, wenn für die einfache Unterschlagung, die mit der Zueignung identisch ist ⁴⁷⁾, bereits bestehender Gewahrsam des Täters gefordert wird, weil dieses Erfordernis dann auch den Inhalt des Zueignungswillens mitbestimmen muß ⁴⁸⁾. Die Täuschungshandlung des Betrügers kann hier trotz der verfolgten eigennützigen Tendenz keinen Zueignungswillen manifestieren, weil ein solcher bei der Erlangung des Tatobjektes durch den Betrüger gar nicht vorliegt: es fehlt im Zeitpunkt der Empfangnahme an den gesetzlichen Voraussetzungen des Zueignungswillens (und damit auch der Manifestation dieses Willens), dem bereits bestehenden Tätergewahrsam. Dieses Erfordernis des bereits bestehenden Gewahrsams muß natürlich auch dann berücksichtigt werden, wenn für die Zueignung einer fremden beweglichen Sache das Ausreichen eines mehrdeutigen Manifestationsaktes als Wesensmerkmal mit in die Überlegungen einbezogen wird.

47) Vgl. oben S. 12

48) Vgl. oben S. 44

Indem die "ersichtlich" vom 5. Strafsenat abgelehnte Erkennbarkeit mit dem Hinweise auf das Genügen einer mehrdeutigen Handlung für eine Zueignung bejaht wird, hat der Große Senat die eigentliche zweite Vorfrage seiner Beurteilung bereits übergangen. Diese Frage, der dann erst später (S. 46) bei der Ablehnung von Idealkonkurrenz Beachtung geschenkt wird, geht dahin, ob sich auch schon bei der Erlangung einer fremden beweglichen Sache "eine Zueignung im Sinne der §§ 246, 350 StGB" offenbaren kann oder ob sie erst nach der Begründung des Herrschaftsverhältnisses zur Vollendung gelangt. Der Frage nach dem Gewahrsam des Täters bei der Prüfung einer Zueignung durch Betrug keine Beachtung zu schenken, sie aber bei §§ 246, 350 für bedeutsam zu halten, hätte zur Folge, daß betrügerische Zueignung in Mittäterschaft bejaht werden könnte, wenn nur ein Handelnder Gewahrsam hat, während Zueignung in Mittäterschaft durch Unterschlagung in demselben Fall abgelehnt werden müßte 49).

Der Große Senat hat in Wahrheit anhand der Täuschungshandlung des Betrugers nicht mehr festgestellt, als daß auch eine mehrdeutige Handlung für die Bejahung von Zueignung ausreichen kann. Voraussetzung dafür ist aber, daß ein solcher Wille vorhanden ist. Wann ein Wille aber Zueignungswille ist, bestimmt das Gesetz. Obwohl bei der Wiedergabe des Sachverhaltes noch gesagt ist, der Angeklagte habe "in der Absicht, das Geld für sich zu verbrauchen" kassiert, wird in den Gründen nur behauptet, "das Erschwindeln der Gelder mit dem Willen zum eigenen Verbrauch ist jedenfalls Zueignung" (S. 41). Es wird weder berücksichtigt, daß bei der Umgestaltung der Unterschlagung vom Treupflichtverletzungszum reinen Eigentumsdelikt das Erfordernis bereits bestehenden Tätergewahrsams für die Zueignung einer fremden beweglichen Sache beibehalten wurde, noch wird der überschießenden Innentendenz von § 242 Beachtung geschenkt. Gerade die "Zueignungsabsicht" des Diebstahls weist aber darauf hin, daß vom Gesetzgeber eine Zueignung bei der Erlangung des Gewahrsams nicht für gegeben erachtet wurde, da sonst die Gestaltung des Diebstahls als Vorsatzdelikt ausgereicht hätte.

Da der Tatbestand der einfachen Unterschlagung einen mit der Zueignung identischen 50) Begriffsinhalt hat, kann ohne ihn das Vorliegen einer Zueignung auch nicht bejaht werden. Dem Großen Senat für Strafsachen ist somit erstmals die seit BINDING streitige sogenannte 'berichtigende Auslegung' des Unterschlagungstatbestandes zur Entscheidung vorgelegt worden. Unumgänglich hätte zu diesem umstrittenen Problem schon bei der Prüfung einer Zueignung durch Betrug eine Stellungnahme in negativem oder positivem Sinne erfolgen müssen. Da Zueignung - wie dargelegt wurde - Unterschlagung ist, bildet die Anerkennung oder

49) So zum Beispiel in BGHSt 2, 317 ff

50) Vgl. oben S. 12

Ablehnung der berichtigenden Auslegung von § 246 den Schlüssel zur Lösung des Problems. Indem der Große Senat schon bei der Klärung der zweiten Vorfrage die Gewahrsamsfrage nicht beachtete, war schon fehl entschieden, bevor überhaupt die eigentliche Auseinandersetzung mit der Rechtslage erfolgte.

Der Gesetzgeber hat in § 246 die Zueignung, bestehend aus dem Zueignungswillen und der Manifestation dieses Willens, in ein vorhandenes Herrschaftsverhältnis des Täters zur Sache eingebettet. Die objektive Auslegungstheorie schafft die Möglichkeit, die Zueignung bis zum Moment der Erlangung des Gewahrsams vorzuverlagern; damit ist die Grenze des Möglichen erreicht⁵¹⁾. Die äußerste Grenze des Wortsinnes hätte so geprüft werden müssen. Indem die ganze Streitfrage mit der Erwägung dahingestellt gelassen wurde, es könne "nicht der Sinn des Unterschlagungstatbestandes sein, in allen diesen Fällen zusätzlich angewendet zu werden" (S. 46), wird übergangen, daß nicht die Anwendbarkeit von § 246, sondern nur dessen Tatbestandsmäßigkeit im Hinblick auf die Anwendbarkeit von § 350 zur Diskussion stand. Kann aber der Tatbestand der einfachen Unterschlagung bis zur Gleichzeitigkeit von Gewahrsamerlangung und Zueignung ausgelegt werden - und das ist in der Rechtsprechung seit RGSt 49, 194 ff immer wieder bejaht worden -, so muß dasselbe auch für § 350 gelten. Nimmt man an, der Große Senat hätte dies geprüft und ebenfalls bejaht, so wäre die Bejahung einer Zueignung bei der Gewahrsamerlangung durch Betrug ohne 'berichtigende' Auslegung von § 246 (S. 41) nur methodisch, aber nicht dogmatisch zu beanstanden. Es hätte dann jedoch keinen Grund dafür geben können, § 350 als Spezialdelikt von § 246 etwa ebenfalls mit der Erwägung abzulehnen, es könne nicht Sinn des Tatbestandes der Amtsunterschlagung sein, in Fällen der vorliegenden Art neben dem Betrug angewandt zu werden (vgl. S. 46). Der Tatbestand der Amtsunterschlagung läge neben dem Tatbestand des Betruges in Idealkonkurrenz vor⁵²⁾. Für dieses Ergebnis spricht, daß in § 240 E 1960 gerade entgegen der Ansicht des Großen Senats nicht ausdrücklich bestimmt wurde, "daß nicht Unterschlagung ist, was als Diebstahl ... Betrug, Erpressung oder Veruntreuung mit Strafe bedroht ist", sondern dort gesagt wird, daß nur dann wegen (einfacher) Unterschlagung bestraft wird, wenn die Zueignung nicht gleichzeitig durch ein anderes Vermögensdelikt erfolgt. - Die Frage nach der Bestrafung setzt aber voraus, daß ein Verhalten überhaupt tatbestandsmäßig ist.

Wie irreführend die Ausführungen des Großen Senats sich ausgewirkt haben, beweist eine Entscheidung des Oberlandesgerichtes Köln (NJW 1963, 1993 rechte Spalte). Dort wird gesagt, es gelte "die Subsidiarität der Unterschlagung ... auch

51) Vgl. oben S. 18

52) Vgl. oben S. 62

für die Amtsunterschlagung, da nicht Amtsunterschlagung sein kann, was nicht einfache Unterschlagung ist". Eine subsidiäre Unterschlagung bleibt aber Unterschlagung, sie ist tatbestandsmäßig. Es kann aus diesem Grunde sehr wohl als Amtsunterschlagung strafbar sein, was als einfache Unterschlagung subsidiär ist. Wenn der Große Senat das Ergebnis schließlich aus dem "Sinnzusammenhang der Tatbestände" (S. 47) folgert, so verstößt er damit gegen alle Regeln der Gesetzeskonkurrenz. Die Frage nach der Anwendbarkeit des Tatbestandes der Amtsunterschlagung betrifft die Gesetzeskonkurrenz. Der Täter der Amtsunterschlagung verletzt das Vertrauen der Allgemeinheit in die Reinheit der Amtsführung, setzt erhöhtes Unrecht. Der Große Senat hätte deshalb durch Auslegung des Unterschlagungstatbestandes im Sinne der richtungsweisenden Entscheidungen zur Fundunterschlagung ohne größere Schwierigkeiten zu Idealkonkurrenz des Betruges mit Amtsunterschlagung gelangen müssen. Da in dem beurteilten Sachverhalt die Vermögensverfügung des Getäuschten eine unmittelbare Hingabe der Sachen in den Gewahrsam des Beamten darstellte, hätte eine zeitliche Differenz zwischen Vollendung des Betruges und Erlangung der Sache hier keine Schwierigkeiten bereiten können⁵³⁾. Die Annahme einer Idealkonkurrenz wäre angesichts der fehlenden Vertretungsbefugnis des Beamten ein gerechtes und den strafrechtlichen Gehalt der Tat voll erfassendes Ergebnis gewesen. Die Frage nach der Tatbestandsmäßigkeit der Nachhandlung wäre dann überhaupt nicht aufgetaucht, und der Große Senat hätte sich zur Wiederholbarkeit der Zueignung nicht zu äußern brauchen.

Nun meint allerdings BOCKELMANN⁵⁴⁾ dem Großen Senat im Hinblick auf die Ablehnung von Idealkonkurrenz "jedenfalls im Ergebnis allgemeine Zustimmung" bescheinigen zu können. Er löst das "Dilemma" des Ausschlusses der Amtsunterschlagung gegenüber der milderen Vorschrift des Betruges mit dem Argument, "daß, so wenig Amtsunterschlagung sein kann, was nicht einfache Unterschlagung ist, ebensowenig als Amtsunterschlagung bestraft werden kann, was nicht als einfache Unterschlagung bestraft werden könnte" (S. 623). - Sicher kann nicht Amtsunterschlagung begehen, wer nicht zugleich den Tatbestand der einfachen Unterschlagung verwirklicht. Die aus diesem Grunde von BOCKELMANN geäußerten Zweifel am Sinn berichtiger Auslegung des Unterschlagungstatbestandes können entgegen seiner Meinung nicht die Richtigkeit der Ablehnung von Idealkonkurrenz durch den Großen Senat beweisen: Daß beim Vorliegen eines Zueignungswillens, der sich in der Täuschungshandlung des Betruges bei der Erlangung der fremden beweglichen Sache manifestiert, der Tatbestand der einfachen Unterschlagung (Zueignung) in Gesetzeskonkurrenz zum Betrug steht, besagt nicht auch, daß der Tatbestand der Amtsunterschlagung (Zueignung im Amt) gegenüber

53) Vgl. oben S. 20

54) JZ 1960, 621 ff

dem des Betruges ebenfalls subsidiär sein muß. Dies folgt daraus, daß die Strafbarkeit der Unterschlagung im Amt im Gegensatz zur Tatbestandsmäßigkeit von § 350 gegenüber dem Tatbestand der einfachen Unterschlagung selbständige Wege geht. BOCKELMANNs Argument kann deshalb keine Gültigkeit beanspruchen, weil die Subsidiarität des Grundtatbestandes (§ 246) aufgrund des größeren Unrechtsgehaltes des Spezialdeliktes (§ 350), welcher auf dem im Tatbestand der Amtsunterschlagung zusätzlich geschützten Rechtsgut des Vertrauens der Allgemeinheit in die Reinheit der Amtsführung beruht, entfallen muß⁵⁵⁾.

Die Billigung der Ablehnung von Idealkonkurrenz des Betruges mit Amtsunterschlagung erklärt sich bei BOCKELMANN aus seiner zum Teil leicht mißverständlichen Haltung zur Frage der berichtigenden Auslegung von § 246, genauer gesagt: zur Auslegung des Unterschlagungstatbestandes bis zur Gleichzeitigkeit von Gewahrsamerlangung und Manifestation des Zueignungswillens. Im Zusammenhang mit dieser Frage sagt er einmal, daß dann der § 246 "durch eine seinen Wortlaut mißachtende extensive Interpretation denaturiert"⁵⁶⁾ sei, zum anderen erklärt er eine solche Auslegung aber auch als "noch möglich"⁵⁷⁾. Ist es aber möglich, daß Herrschaftsbegründung und Zueignung im Zeitpunkt der Erlangung des Tatobjektes zusammenfallen, so müssen aus dieser Ansicht auch die Konsequenzen gezogen werden. Hier muß dann differenziert werden. Keinesfalls kann die 'berichtigende Auslegung' mit der in ihr unter anderem auch enthaltenen richtigen Auslegung insgesamt abgelehnt werden.

Bei seinen Ausführungen zu den Verwertungshandlungen hat der Große Senat zunächst die Tatbestandsfrage nicht exakt umschrieben. Es wird gesagt, sie gehe dahin, "ob man jede weitere Betätigung des Herrschaftswillens des Täters ... als gewissermaßen selbständigen Zueignungsakt beurteilen darf, der an sich den Tatbestand der Unterschlagung erfüllt" (S. 43). Die Frage nach der Tatbestandsmäßigkeit stellt sich - da jene nach der Selbständigkeit die Strafbarkeit tatbestandsmäßigen Verhaltens trifft - gerade umgekehrt. Sie geht dahin, ob man jede weitere Betätigung des Herrschaftswillens des Täters als tatbestandsmäßig im Sinne von § 246 Abs. 1, 1. Altern. ansehen muß oder ob dieser Zueignungsakt dann selbständig ist oder nicht.

Das entscheidende Argument gegen die Darlegungen des Großen Senates zu den Verwertungshandlungen ist jedoch darin zu sehen, daß entgegen der schon vor Jahrzehnten vom Reichsgericht begonnenen und vom Bundesgerichtshof fortge-

55) Für Untreue und Amtsunterschlagung ebenso SCHRÖDER, NJW 1963, 1961

56) JZ 1960, 622; vgl. auch MDR 1953, 5 Anm. 32

57) Niederschriften, 6. Band, S. 58

fürten Rechtsprechung ⁵⁸⁾ bei der Definition des Wesens der Zueignung als "Herstellung der Herrschaft, ... Begründung des Eigenbesitzes" der Sache nach nur die Substanztheorie vertreten wird. Nicht mit einem Wort oder auch nur einer Andeutung wird die herrschende Sachwert(Vereinigungs-)theorie erwähnt. Bei ihr hätte die Tatbestandsmäßigkeit des Verbrauches der Gelder durch den Beamten infolge der Spaltbarkeit des Sachwertes in verschiedene Größen ⁵⁹⁾ selbst dann nicht in Abrede gestellt werden können, wenn der Unterschlagungstatbestand 'berichtigend' ausgelegt und auf diesem Wege konsequent Zueignung durch Betrug angenommen worden wäre. Es ist wohl kaum anzunehmen, daß gesagt werden sollte, daß in Zukunft zum Beispiel die Wegnahme eines Sparkassenbuches in der Absicht, davon Geld abzuheben, kein Diebstahl mehr sein soll. Jedenfalls hätte ein solcher Umschwung in der Judikatur zumindest eines Hinweises bedurft.

Der Große Senat ist nun allerdings der Ansicht, der Gesetzgeber habe keinen "hinreichenden Anlaß" gehabt, dem Tatbestand der Unterschlagung neben seiner eigenständigen Aufgabe noch die weitere zuzuweisen, alle Akte der Herrschaftsausübung im Gefolge der Sacherlangung durch ein Vermögensdelikt noch besonders zu erfassen. Der Gesetzgeber hat dem Unterschlagungstatbestand aber zumindest einen Akt des Täters nach der Sacherlangung durch Diebstahl zugewiesen. Diese eigenständige Aufgabe des § 246 hat dann die Wissenschaft und Rechtsprechung mit der Einführung der Sachwerttheorie selbst erweitert.

Es folgt auch nicht aus dem "Sinnzusammenhang der Tatbestände", daß - selbst im Rahmen der Substanztheorie - die Nachhandlung nicht mehr tatbestandsmäßig ist. Diese Frage betrifft entweder die Exklusivität bei einer Handlung, bei der logisch zwingend nur der Tatbestand des einen oder anderen Tatbestandes infrage kommt. Oder jene Frage betrifft die Konkurrenz mehrerer Tatbestände, nicht aber die Auslegung ⁶⁰⁾. Eine zweite Zueignung scheitert bei der Substanztheorie vielmehr aus begrifflichen Gründen allein am Vorsatz des Täters ⁶¹⁾.

Zu jeder der vom Großen Senat für den Tatbestandsausschluß zitierten Reichsgerichtsentscheidungen wäre etwas zu ergänzen, das die Entscheidungen dann doch

58) BGHSt 1, 264; BGHSt 4, 238; BGHSt 9, 348; BGHSt 15, 56; BGHSt 16, 192; BGHSt 17, 92; vgl. auch JAGUSCH, LK Bem. D III (a.E.) vor § 242 zur Sachwerttheorie: "Der BGH hat in dieser Frage keine neuen Wege eingeschlagen"; s. auch OLG Braunschweig, Nieders. Rechtspfl. 1950, 93 ff und in NJW 1950, 158; OLG Bremen, MDR 1948, 261

59) Vgl. oben Seite 40 f.

60) BOCKELMANN, JZ 1960, 624; SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 263, Rdn. 145

61) S. auch oben Seite 33 ff.

in anderem Lichte erscheinen läßt. Zum Beispiel verneint RGSt 15, 426 nicht eindeutig die Tatbestandsmäßigkeit der Nachhandlung, begeht aber den Fehler, ohne auf das Wesen der Zueignung einzugehen, von einer Zueignung durch Betrug zu sprechen. Dennoch hält RGSt 15, 426 bereits bestehenden Gewahrsam für eine Zueignung im Sinne von § 246 für unerläßlich. - RGSt 22, 306 verneint nur Ideal- und Realkonkurrenz. - RG LZ 1925, 486 untersucht nur, ob Idealkonkurrenz vorliegt. Die später zitierte Entscheidung RGSt 70, 13 behandelt schließlich einen Betrug, bei dem der Täter Eigentum erlangte. Es liegt so die Vermutung nahe, daß die Ansicht des Großen Senates entscheidend von der Zueignung durch Betrug in RGSt 15, 426 beeinflußt worden ist.

Selbst wenn aber eine Auslegung des Tatbestandes der einfachen Unterschlagung bis zum Genügen von Gleichzeitigkeit der Gewahrsamerlangung und Zueignung nicht gebilligt wird, bietet sich noch ein anderer Weg zur Erzielung eines dogmatisch und kriminalpolitisch befriedigenden Ergebnisses an. Weil dann nämlich ein bereits bestehendes Herrschaftsverhältnis des Täters zur Sache für eine Zueignung notwendig wäre, würde die beim Betrug beabsichtigte Zueignung, ebenso wie es zum Diebstahl immer wieder von der Rechtsprechung ausgeführt worden ist ⁶²⁾, erst im Tatbestand der Unterschlagung zur Vollendung gelangen. Da es sich bei dem dem Großen Senat zur Entscheidung vorgelegten Sachverhalt um einen Beamten handelte, der nicht vertretungsbefugt war, würde eine straflose Nachtat vorliegen ⁶³⁾. Würde man Realkonkurrenz bejahen, käme zwar die Verletzung des Vertrauens der Allgemeinheit in die Reinheit der Amtsführung noch zum Zuge, der Täter würde aber wegen der Verletzung des Eigentums desselben Opfers doppelt bestraft. Aus diesem Grunde muß das Eigentumselement in § 350 nach den Regeln der Gesetzeskonkurrenz außer Ansatz bleiben, womit auch die Anwendung dieser Vorschrift trotz der Verletzung des Rechtsguts des Vertrauens der Allgemeinheit in die Reinheit der Amtsführung entfallen muß ⁶⁴⁾. Dem gegenüber 'berichtigender' Auslegung günstigeren Ergebnis strafloser Nachtat könnte damit begegnet werden, daß man in der Verwirklichung der Zueig-

62) Vgl. oben Seite 88

63) Den Eigentumserwerb der Stadt hat der Große Senat - wie im Schrifttum bereits mehrfach gerügt - zu Unrecht bejaht, da keine Vertretungsbefugnis vorlag. Nicht vertretungsbefugte Beamte sind Täter in: RG JW 1934, 2062 Nr. 23; RG JW 1934, 906 Nr. 19; RGSt 73, 6 ff; RG DR 1940, 792 (irrtümlicher Bezug auf RG LZ 1925, 443 und JW 1938, 1881 Nr. 11); vgl. zum Ganzen BOCKELMANN, JZ 1960, 623 Anm. 11; SCHRÖDER, JR 1960, 308 rechte Spalte

64) SCHÖNKE-SCHRÖDER, § 350 Rdn. 26 f

nungsabsicht eine noch tatbestandsverwirklichende Ausführungshandlung sieht, die zur Herstellung von Tateinheit mit dem Betrug geeignet ist ⁶⁵⁾.

Auch der in der Definition der Zueignung durch den Großen Senat enthaltene 'Definitionsvermerk' ("Zueignung ist ... (schuldhaft und strafbare) Begründung des Eigenbesitzes unter Ausschluß des Berechtigten") kann einer näheren Analyse nicht standhalten: Selbst wenn man annimmt, der Große Senat habe mit dem Wort "schuldhaft" nur die subjektive Seite der Zueignung betonen wollen, so erweist sich doch auf jeden Fall die Aufnahme auch der Strafbarkeit in die Definition als unhaltbar: Nach dem Großen Senat erfüllt die Zueignung durch den Betrug nicht auch den Tatbestand der einfachen Unterschlagung oder Amtsunterschlagung. Daraus folgt, daß neben die Unterschlagung (Zueignung) ein zweiter Zueignungsbegriff gesetzt wird, der bei der Erlangung einer fremden beweglichen Sache durch Betrug, Erpressung, Diebstahl, Untreue und - konsequenterweise - auch bei der Erlangung einer Sache durch Fund in Zueignungsabsicht Anwendung findet. Da nun noch weiter mit der Definition "(schuldhaft und strafbar)" gesagt wird, daß die Zueignung auch strafbar sein muß, enthalten beide Zueignungsbegriffe wiederum zwei weitere; einer davon hat in bezug auf die Verwertungshandlung tatbestandsausschließende Wirkung, weil die Zueignung bestraft werden kann. Der andere Zueignungsbegriff wiederum kann die Erfüllung des Tatbestandes der Unterschlagung deshalb nicht verhindern, weil keine Strafbarkeit vorliegt. Daraus folgt, daß in Wahrheit auch nach dem Großen Senat die Zueignung ein wiederholbarer Akt ist. Die Verwertungshandlung ist straflose Nachtat, denn sonst könnte sie nicht bestraft werden, wenn die Strafbarkeit der Zueignung der Vortat entfällt ⁶⁶⁾. Ganz nebenbei hat der Große Senat auch noch damit - entgegen seinem Bestreben (S. 45) - die Unabhängigkeit der Verjährung der Nachtat von der der Vortat ausgesprochen ⁶⁷⁾. Ein weiterer Widerspruch ergibt sich daraus, daß das Wesen der Zueignung nur im Sinne der Substanztheorie bestimmt wurde. Auf ihrem Boden allein ist aber die Zueignung auch bei Straflosigkeit nicht wiederholbar, weil schon die Handlung der Vortat, infolge des Vorsatzes des Täters, Eigenbesitz zu begründen, den Zueignungswillen manifestiert. Ein weiterer Zueignungsvorsatz kann aber danach so lange nicht gefaßt und betätigt werden, wie der Täter den einmal begründeten Eigenbesitz aufrechterhält. Bei Zugrundelegung der Sachwert(Vereinigungs-)

65) Generell bejahen diese Möglichkeit in anderem Zusammenhang SCHÖNKE-SCHRÖDER, Vorbem. § 73 Rdn. 9; GEERDS, S. 279; RGSt 60, 310; OLG Schleswig, NJW 1963, 1561 mit Nachweisen.

66) Bezeichnend OLG Celle, NJW 1962, 1833; bei Zueignung als Rauschtat (§ 330 a) folgt § 246 als straflose Nachtat.

67) BOCKELMANN, JZ 1960, 624 vgl. zu ds. Problem oben S. 65

theorie ergibt sich die Möglichkeit der Wiederholung des Zueignungsaktes, da neue Wertentziehungsvorsätze gefaßt und betätigt werden können⁶⁸⁾.

Angesichts der Widersprüche, die die Definition der Zueignung durch den Großen Senat enthält, wird deutlich, daß die Definition der Zueignung als "(schuldhafte und strafbare)" in Wahrheit nichts anderes ist als die Alternativität als vierte Form der Gesetzeskonkurrenz bei HONIG⁶⁹⁾. Der 'Reservedefinitionsvermerk' bezeichnet und bezweckt genau dasselbe. Nach dem Großen Senat entfällt die Tatbestandsmäßigkeit der Nachhandlung nicht, wenn die Vortat nicht strafbar ist. HONIG erreicht das mit seiner Alternativität ebenfalls: ist die Zueignung der Vortat nicht strafbar, reicht ihre Wirkung nicht bis in den Bereich der Konkurrenz der Tatbestände um die Anwendung ihrer Strafdrohungen. In diesem Fall kommt die Alternativität als Form der Gesetzeskonkurrenz nicht zum Zuge, und die Verwertungshandlung wird trotz Substanztheorie tatbestandsmäßig. Dieses Ergebnis soll eintreten, obwohl die Begriffslogik die Wiederholbarkeit der Zueignung ausschließt. Die Ansicht des Großen Senates muß deshalb auch in diesem Punkt - ebenso wie die Alternativität HONIGs - abgelehnt werden. Weder HONIG noch der Große Senat beachten, daß Tatbestandsmäßigkeit und Gesetzeskonkurrenz zwei völlig verschiedene Ebenen sind, in denen zwar unter Umständen dasselbe Ziel verfolgt werden kann, die aber dennoch infolge ihrer verschiedenen Standorte stets dogmatisch getrennt bleiben müssen.

Die Frage nach dem "Sinnzusammenhang der Tatbestände", die sich infolge des Klammerinhaltes in der Definition der Zueignung sowohl auf die Gesetzeskonkurrenz als auch auf die Tatbestandsmäßigkeit beziehen muß, ergibt unter Umständen zwar die Straflosigkeit der tatbestandsmäßigen Verwertungshandlung, nicht aber deren tatbestandlichen Ausschluß. Auf der Stufe der Subsumtion bezieht sich jene Frage allein auf die die Gesetzeskonkurrenz verhin-dernde Exklusivität, eine solche trifft aber nicht die Zueignung⁷⁰⁾. Die Nichtwiederholbarkeit der Zueignung folgt aus der Eigenart dieses Handlungsmerkmales bei der Substanztheorie allein aus der Begriffslogik.

Aus den angeführten Gründen kann dem Großen Senat in fast keinem Punkte beige-pflichtet werden, vor allem nicht seiner Auffassung, daß "die Strafdrohungen der §§ 350/351 unter keinem gleichwie gearteten Gesichtspunkt angewendet werden" können (S. 47). So sehr man es auch angesichts der Bedeutung einer Entscheidung des Großen Senates bedauern mag; es bleibt nichts als die

68) Vgl. oben Seite 40

69) Vgl. oben Seite 73

70) Vgl. oben Seite 92

Feststellung, daß BGHSt - GrSen - Bd. 14 S. 38 ff sowohl methodisch als auch dogmatisch unrichtig ist ⁷¹⁾. Der Übergriff bei der Definition der Zueignung, die allein die Frage der Subsumtion betrifft, auf die Prüfungsstufe der Gesetzeskonkurrenz hat zur Folge, daß die Tatbestandsmäßigkeit der Verwertungshandlung entgegen allen Gesetzen der Logik zugleich bejaht und verneint wird. Lebhaftes Zeugnis legt dafür die unsichere Formulierung vom "eigentlichen und rechtlich wesentlichen Zueignungsakt" (S. 43) und die Bemerkung ab, nachträgliche Äußerungen des Herrschaftswillens seien "in der Regel tatbestandlich bedeutungslos" (S. 44).

Es ist sicher nicht anzunehmen, daß auch nur eines der Mitglieder des Großen Senates die Strafbarkeit einer Handlung, für welche die Tatbestandsmäßigkeit unabdingbare Voraussetzung ist, zu deren eigener Bedingung erheben wollte. Die Darlegung der einschlägigen Judikatur hat auch gezeigt, daß bis dahin wirklich kein Einzelsenat je auf einen solchen Gedanken gekommen ist.

71) Aufschlußreich ist in diesem Zusammenhang die Ansicht SARSTEDTs (S. 41), daß die Institution des Großen Senats als solche aufgrund der zahlenmäßigen Besetzung des Gremiums und des dort geübten Verfahrens keine Gewährleistung für richtigere, sachlich bessere und den Entscheidungen eines Einzelsenats überlegene Judikatur bietet. Es liegt so die Vermutung nahe, daß der Definitionsvermerk ("schuldhaft und strafbar") als Kern der Entscheidung das Ergebnis einer Abstimmung ist, die zu einer solchen Definition der Zueignung in den Entscheidungsgründen zwang.

SCHLUSS

DAS PROBLEM IM HINBLICK AUF DEN ENTWURF
EINES STRAFGESETZBUCHES VON 1962

Die mit RGSt 15, 426 ff entstandene Verwirrung in der Judikatur zu der Frage der Tatbestandsmäßigkeit der Verwertungshandlung und der Zueignung bei Erlangung einer fremden beweglichen Sache ist in erster Linie darauf zurückzuführen, daß man sich die mit der Zueignung identisch gewordene Bedeutung der Unterschlagung nicht deutlich genug vergegenwärtigt hat. Es könnte deshalb mit gutem Grund erwogen werden, ob man die Bezeichnung "Unterschlagung" nicht überhaupt zugunsten der der "Zueignung" fallen lassen sollte, zumal die Zueignung anvertrauter Sachen als "Veruntreuung" hinreichend im alten Sinne der Unterschlagung von der Unterschlagung als Zueignung abgesetzt worden ist. Man muß sich jedenfalls in Zukunft stets bewußt sein, daß mit Unterschlagung einer fremden beweglichen Sache nichts anderes gemeint ist als deren rechtswidrige Zueignung, auch wenn der Entwurf eines Strafgesetzbuches von 1962, der in § 240 E 1962 die Bezeichnung "Unterschlagung" beibehält, einmal Gesetz werden sollte.

Die Ergebnisse dieser Arbeit können auch nicht durch den Entwurf eines Strafgesetzbuches von 1962 als überholt angesehen werden. Im Entwurf ist zwar der Tatbestand der Unterschlagung weiter ausgestaltet worden, indem vom Erfordernis des Tätergewahrsams abgesehen ⁷²⁾ und bei den Vermögenstatbeständen mit Ausnahme der Erpressung (§ 260 E 1962) die Begehung im Amt jeweils zum besonders schweren Fall erhoben wurde. Zur Tatbestandsmäßigkeit der Verwertungshandlungen wird jedoch im Entwurf nicht Stellung genommen; die Subsidiaritätsklausel "wenn die Tat nicht als Diebstahl ..., Betrug, Erpressung, Untreue ... mit Strafe bedroht ist" trifft nur eine Handlung, setzt aber jedenfalls Tatbestandsmäßigkeit voraus. Über das Wesen der Zueignung und die Wiederholbarkeit des Zueignungsaktes herrschte schon bei den Beratungen keine Einigkeit. Wie offen dieses Problem ist, beweist die Kontroverse zwischen BOCKELMANN ⁷³⁾, der bei den Beratungen die Zueignung für wiederholbar erklärte, und DREHER ⁷⁴⁾, der die Ansicht vertrat, die Zueignung sei ein einmaliger Akt, da man nur einmal eine "Scheineigentümerstellung" begründen könne.

72) Bedenken wegen ungenügender Typisierung des Tatbestandes haben GALLAS, Niederschriften Bd. 6, S. 56; DREHER, Niederschriften, Bd. 6, S. 53

73) Niederschriften, Bd. 6, S. 54; ihm folgend Koffka, Niederschriften, Unterkommission, S. 31

74) Niederschriften, Bd. 6, S. 57

Es wurde so ausdrücklich der Literatur und Rechtsprechung überlassen, das Wesen der Zueignung zu bestimmen. Hervorgehoben wird insbesondere, daß der Entwurf "kein Bekenntnis zur sogenannten Substanztheorie" ⁷⁵⁾ bedeute und auch nicht zu den Anforderungen Stellung nehmen wolle, die an den Manifestationsakt zu stellen seien. In diesem Zusammenhang ist bezeichnend, daß trotz der Neufassung des Unterschlagungstatbestandes beim Diebstahl die überschießende Innentendenz beibehalten wurde: ⁷⁶⁾ Hätte man sich nämlich zur Substanztheorie bekannt, hätte der Diebstahl durchaus nur als Vorsatzdelikt ausgestaltet werden können, da ja in § 240 E 1962 das in § 246 StGB bestehende Erfordernis "die er im Besitz oder Gewahrsam hat" nicht übernommen worden ist, so daß nach dem Entwurf Gleichzeitigkeit der Manifestation des Zueignungswillens mit der Gewahrsamserlangung genügt.

Angesichts der nach wie vor offenen Probleme kann es nur von Nutzen sein, Klarheit über den bestehenden Zustand zu schaffen. Es bleibt abzuwarten, ob der kürzlich von MAURACH vorgenommene Rückzug auf die Substanztheorie BINDINGS und die Definition der Zueignung durch den Großen Senat in BGHSt 14, 43 den Anfang einer rückläufigen Entwicklung in Lehre und Rechtsprechung darstellen. Sollte jedoch die Substanztheorie wieder zur herrschenden Zueignungstheorie werden, wird man sich fragen müssen, ob die Umgestaltung des Unterschlagungstatbestandes nicht einen ausgesprochenen Nachteil birgt, weil dann noch nicht einmal eine Nachhandlung des Täters von § 246 erfaßt wird. ⁷⁷⁾

75) Begründung, S. 401

76) § 235 Abs. 1 E 1962; vgl. § 17 E 1962 (Absichtsdef.) und S. 401 der Begründung

77) s. auch oben Seite 79 f

LEBENS LAUF

Am 2. September 1939 wurde ich, Roland Seul, als zweiter Sohn des Bankdirektors Dipl.-Kfm. Dr. Walter Eduard Seul und seiner Ehefrau Erna, geb. Brendlin, in Berlin-Nikolassee geboren. Nach normalem Schulverlauf bestand ich im Jahre 1958 die Reifeprüfung am Karls-Gymnasium Stuttgart. Es folgte ein studium generale am Leibniz-Kolleg der Universität Tübingen. Seit dem Wintersemester 1958/59 studierte ich in Tübingen, Freiburg, München und Berlin Jura. Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 27. November 1963 vor dem Justizprüfungsamt Berlin und begann im Januar 1964 den juristischen Vorbereitungsdienst als Gerichtsreferendar des Oberlandesgerichtsbezirkes Stuttgart. Zur Zeit warte ich auf meine beantragte Übernahme in den Kammergerichtsbezirk.



